

## **COMPORAMENTI AMMINISTRATIVI E GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO. LE PROBLEMATICHE DELL'USUCAPIONE E DEL C.D. SCONFINAMENTO.**

### Sommario

1. Premessa; 2. I comportamenti e la P.a.; 2.1. L'origine del problema: la giurisdizione esclusiva e i comportamenti; 2.2. I comportamenti amministrativi, mediati e puri; A) il problema dei comportamenti attuativi di atti o provvedimenti nulli; B) la c.d. Lesione dell'affidamento; C) la responsabilità c.d. "precontrattuale" nelle procedure ad evidenza pubblica; D) comportamenti e accordi privatistici "occasionati" dalla procedura espropriativa; E) i comportamenti occupatori: occupazione acquisitiva e usurpativa.; 3. L'usucapione e la p.a.; 3.1. Premessa; 3.2. La disciplina codicistica; 3.3. Il problema dell'ammissibilità dell'usucapione da parte della p.a.; 3.4. I presupposti e i limiti per l'usucapione da parte della p.a.; 3.5. Giurisdizione e aspetti processuali; 4. Il c.d. Sconfinamento.

### **1. PREMESSA**

Il presente lavoro affronta alcune tematiche controverse nell'ambito - in particolare, ma non solo - della materia espropriativa: a tal fine, è opportuno richiamare brevemente alcuni riferimenti normativi essenziali della materia in esame.

L'espropriazione per pubblica utilità è lo strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione acquisisce, in via autoritativa e tendenzialmente unilaterale, per esigenze di interesse pubblico, la proprietà o altro diritto reale su di un bene, indipendentemente dalla volontà del proprietario, previo pagamento di un indennizzo.

In quanto strumento di natura pubblicistica, ma che si risolve in un modo di acquisto della proprietà – o altro diritto reale – da parte della P.a. "a danno" del privato che, in quanto espropriato, vede perdere o comunque inciso il proprio diritto di proprietà per finalità pubblicistiche, l'istituto in esame trova precisi riferimenti normativi non solo nelle leggi speciali, ma anche nel codice civile (l'art. 834 c.c.<sup>1</sup>), nella Costituzione<sup>2</sup> e persino nella normativa di origine sovranazionale<sup>3</sup>.

Fino al 2003, la materia espropriativa era regolata, nei presupposti e nella procedura, dalla l. 25 giugno 1865, n. 2359 (recante "Espropriazione per causa di pubblica utilità") e da altre leggi speciali.

Al fine di consentire un riordino della disciplina, ma anche di modificare alcuni aspetti procedurali rilevanti e risolvere aspetti problematici sorti in giurisprudenza, è stato approvato il d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327<sup>4</sup>, c.d. Testo Unico sulle espropriazioni (d'ora in poi "Tuesp"), che prevede una procedura articolata in diverse fasi ed eventuali sub procedimenti, ovvero, in sintesi: a) l'imposizione del vincolo espropriativo; b) la dichiarazione di pubblica utilità; c) la determinazione dell'indennità di espropriazione; d) il decreto di

---

<sup>1</sup> Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità. Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali.

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 42, comma 3, Cost., la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

<sup>3</sup> L'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla Carta Europea dei diritti dell'uomo, stabilisce che ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

<sup>4</sup> Il cui art. 58, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, a decorrere dal 30 giugno 2003, ha abrogato la normativa precedente. Successivamente l'abrogazione è stata ribadita dall'art. 24, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, con la decorrenza prevista dal comma 1 del medesimo art. 24.

esproprio; e) il pagamento dell'indennità definitiva; d) l'eventuale occupazione d'urgenza; e) l'eventuale occupazione temporanea di aree non soggette ad esproprio; f) l'eventuale cessione volontaria; g) l'eventuale retrocessione.

Una delle rilevanti "novità" introdotte dal Tresp è costituita dall'introduzione dell'art. 43<sup>5</sup> per "risolvere" il problema delle cc.dd. occupazioni illegittime<sup>6</sup>, cioè quelle fattispecie nelle quali all'occupazione del bene espropriando non segue la valida conclusione della procedura e, al contempo, la P.a. risultava aver compiuto attività comportanti la trasformazione della proprietà anche in maniera irreversibile<sup>7</sup>: ciò sulla spinta delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>8</sup> che avevano dichiarato illegittimo il sistema fondato sull'istituto pretorio dell'occupazione appropriativa, quale forma di espropriazione indiretta, perché violativo dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 CEDU e il principio di legalità inteso in senso sostanziale come prevedibilità dei comportamenti dell'amministrazione<sup>9</sup>.

L'art. 43<sup>10</sup> è stato, però, dichiarato incostituzionale dalla Consulta<sup>11</sup> per eccesso di delega.

---

<sup>5</sup> Ai sensi del quale valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizzava un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, poteva disporre che esso andasse acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario andassero risarciti i danni.

<sup>6</sup> Sulla disciplina prevista dall'art. 43 Tresp, tra gli altri, L. MACCARI, *Dall'occupazione acquisitiva all'acquisizione sanante*, in Urb. e app., 2010, 220; L. TARANTINO, *Aspetti della disciplina dell'acquisizione sanante: l'individuazione dei soggetti obbligati a risarcire il danno*, id., 2009, 722. Sul ruolo dell'acquisizione sanante come strumento legislativo che permette di bandire in toto il precedente *mostrum* dell'occupazione appropriativa e di risolvere, secondo la giurisprudenza amministrativa, ogni possibile contrasto con i principi espressi dalla CEDU e dalla giurisprudenza europea Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2009, n. 2420, id., 2009, 971, con commento di S. MIRATE, *L'acquisizione sanante: una "legale via d'uscita" per l'occupazione appropriativa?*.

<sup>7</sup> La Corte di Cassazione, al fine di rendere coerente uno stato di fatto – conseguente alla trasformazione del bene – in cui il bene del privato risultava ormai inevitabilmente destinato alla finalità pubblicistica, nonostante il procedimento di esproprio non si fosse validamente concluso, con la titolarità "giuridica" del bene medesimo, ha fatto applicazione dell'istituto della c.d. occupazione acquisitiva o accessione invertita, in forza del quale, secondo un meccanismo sostanzialmente speculare a quello dell'art. 938 c.c., si produceva l'acquisto della proprietà del terreno a favore dell'amministrazione, peraltro tenuta a risarcire il danno, al privato essendo preclusa la possibilità di ottenere la restituzione del bene. Sul tema, tra gli altri, W. GASPARRI, *Occupazione appropriativa*, in S. CASSESE (dir.), *Diz. Dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3879 ss.; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva ed il dialogo tra i formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, 389 ss.. La Corte di Cassazione, nel precisare successivamente i confini di questo istituto, ha avuto cura di distinguere dalla c.d. occupazione acquisitiva o appropriativa, la c.d. occupazione usurpativa, in caso di mancanza *ab initio* di un legame teleologico con l'interesse pubblico e, cioè, del titolo giuridico costituito dalla dichiarazione di pubblica utilità.

<sup>8</sup> *Ex multis*, Corte Edu, sez. II, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Governo italiano e id., 30 maggio 2001, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, entrambe in Urb. e app., 2001, rispettivamente 283 e 287, con nota di A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia» l'occupazione appropriativa*; id., 20 aprile 2006, De Sciscio c. Italia; id., 6 marzo 2007, Scordino c. Italia, in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, 1043, con nota di S. MIRATE, *Scordino ultimo atto: la Corte europea torna a "condannare" l'occupazione acquisitiva ed indennizza al valore attuale il terreno occupato*.

In dottrina, al riguardo, S. BONATTI, *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1089 ss.; F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. Amm.*, 2006, 319.

<sup>9</sup> Da un'attività illecita dell'amministrazione (realizzazione dell'opera in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità) non potendo derivare la perdita della proprietà, dovendosi, al contrario, garantire al privato la tutela restitutoria oltre al risarcimento del danno, così F. FRACCHIA, *Questioni (ancora) controverse in tema di espropriazione. il danno da occupazione senza titolo: profili di giurisdizione e determinazione del quantum, considerando categorie, paradigmi e fisionomia della proprietà*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2022, 568.

<sup>10</sup> In dottrina, si veda G. TROPEA, *Spunti in tema di acquisizione giudiziaria ex art. 43, commi 3 e 4, D.P.R. n. 327/2001*, in *Aa.Vv.*, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di M. SALAZAR - A. SPADARO, Milano, 2009, 375 ss.

Il legislatore, quindi, è intervenuto nuovamente nel 2011, inserendo nel Tiesp l'art. 42 *bis*<sup>12</sup>, in forza del quale l'autorità che utilizzi per scopi di interesse pubblico e senza titolo un bene modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità (l'atto può mancare del tutto o essere stato annullato), può disporre che esso vada acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia anche corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, il primo fissato secondo il valore venale, il secondo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene (il privato è sollevato dall'onere della relativa prova<sup>13</sup>).

---

<sup>11</sup> Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293 in Urb. e app., 2011, 56 ss, con nota di S. MIRATE, *L'acquisizione sanante è incostituzionale: la Consulta censura l'eccesso di delega*; in Corr. Giur., 2011, 1552, con commento di G. DE MARZO, *Acquisizione sanante, parametri costituzionali e CEDU*.

<sup>12</sup> La disposizione prevede che: «1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. 2. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio. Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche durante la pendenza di un giudizio per l'annullamento degli atti di cui al primo periodo del presente comma, se l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato lo ritira. In tali casi, le somme eventualmente già erogate al proprietario a titolo di indennizzo, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo. 3. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma 1 è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma 4. Il provvedimento di acquisizione, recante l'indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio, è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione; nell'atto è liquidato l'indennizzo di cui al comma 1 e ne è disposto il pagamento entro il termine di trenta giorni. L'atto è notificato al proprietario e comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute ai sensi del comma 1, ovvero del loro deposito effettuato ai sensi dell'articolo 20, comma 14; è soggetto a trascrizione presso la conservatoria dei registri immobiliari a cura dell'amministrazione procedente ed è trasmesso in copia all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2. 5. Se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene. 6. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale; in tal caso l'autorità amministrativa, con oneri a carico dei soggetti beneficiari, può procedere all'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio dei soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua o energia. 7. L'autorità che emana il provvedimento di acquisizione di cui al presente articolo ne dà comunicazione, entro trenta giorni, alla Corte dei conti mediante trasmissione di copia integrale. 8. Le disposizioni del presente articolo trovano altresì applicazione ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore ed anche se vi è già stato un provvedimento di acquisizione successivamente ritirato o annullato, ma deve essere comunque rinnovata la valutazione di attualità e prevalenza dell'interesse pubblico a disporre l'acquisizione; in tal caso, le somme già erogate al proprietario, maggiorate dell'interesse legale, sono detratte da quelle dovute ai sensi del presente articolo».

<sup>13</sup> In tema, *ex multis*, E. BARILÀ - R. ARTARIA, *L'art. 42 bis t.u. espropriazione e l'(auspicabile?) tramonto del risarcimento per equivalente al vaglio delle sezioni unite*, in Urb. e app., 2013, 1281 ss.; E. FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42*

Per quanto spesso erroneamente definita come “sanante”, l’acquisizione, da parte della P.a., consentita in forza dell’art. 42 *bis*, non risulta sanare alcunché<sup>14</sup>, trattandosi di un provvedimento che, come sottolineato dalla Corte Costituzionale<sup>15</sup>, nonché dalla giurisprudenza amministrativa e anche di legittimità, in modo pressoché unanime, ha effetti *ex nunc* e si risolve in un procedimento semplificato, *uno actu perficitur*, implicante anche l’obbligo per la P.a. di procedere alla liquidazione in favore del soggetto espropriato di un importo avente una natura mista indennitaria e risarcitoria per il periodo di occupazione senza titolo.

La disposizione<sup>16</sup> è volta a consentire alla P.a. di acquisire, sia pure *ex post*, la titolarità formale del diritto di proprietà, ma entro stringenti limiti di sostanza e forma, in caso contrario l’Amministrazione dovendo garantire la tutela restitutoria, oltre ai profili risarcitori.

---

*bis t.u.e.p.u.*, in Riv. giur. edilizia, 2013, II, 193 ss.; S. BELLOMIA, *Espropriazione. La nuova disciplina dell’acquisizione sanante*, in Libro dell’anno 2012, [www.treccani.it](http://www.treccani.it); E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in Dir. amm., 2011, 569 ss.; G. MARI - G. STRAZZA, *L’acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015, n. 71*, in Riv. giur. edilizia, 2015, 612 ss.; R. PARDOLESI, *Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente*, in Foro it., 2015, I, 2645 ss.;

<sup>14</sup> F. FRACCHIA, *op.cit.*, 568.

<sup>15</sup> Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in Foro it. 2015, 9, I, 2629, con nota di PARDOLESI.

<sup>16</sup> L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 2 del 2020), ha sottolineato che la scelta di acquisire un bene occupato ed utilizzato *sine titulo* o restituirlo va effettuata esclusivamente dall’Autorità (o dal commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo, all’esito del giudizio di cognizione o del giudizio d’ottemperanza, ai sensi dell’art. 34 o dell’art. 114 c.p.a.): in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo, né il proprietario, possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità dell’Autorità individuata dall’art. 42 *bis*, d.p.r. n. 327 del 2001; pertanto, il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell’Amministrazione e di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., può nominare già in sede di cognizione il commissario ad acta, che provvederà ad esercitare i poteri di cui all’art. 42 *bis* o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione del bene illegittimamente espropriato; qualora, invece, sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal c.c. e non si richiami l’art. 42 *bis*, il giudice deve pronunciarsi tenuto conto del carattere doveroso della funzione attribuita dall’art. 42 *bis* all’Amministrazione. Ai fini dell’esercizio di tale potere, è poi indifferente che, a monte, vi sia un’ipotesi di occupazione c.d. usurpativa (in cui manca la dichiarazione di pubblica utilità dell’opera in ragione della quale è stata disposta l’occupazione di un fondo) oppure di “sconfinamento” (che ricorre qualora la realizzazione dell’opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dal presupposto provvedimento di approvazione del progetto. L’art. 42 *bis*, comma 1, d.p.r. n. 327 del 2001, si limita infatti ad indicare, tra i presupposti per l’esercizio del potere di acquisizione, che il bene sia stato “*modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità*”, includendo pertanto, tra i suddetti presupposti, anche i meri comportamenti dell’Amministrazione. Al riguardo, va richiamata la decisione dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, n. 2 del 2016, relativamente alla natura giuridica, presupposti applicativi ed effetti dell’acquisizione ex art. 42 *bis* Tuesp., secondo cui (par. 5.4): «a) la disposizione introduce una norma di natura eccezionale; tale conclusione è coerente con l’impostazione tradizionale che considera a tale stregua le norme limitatrici della sfera giuridica dei destinatari, con particolare riguardo a quelle che attribuiscono alla P.A. un potere ablatorio. Un atto definibile come espropriazione in sanatoria *stricto sensu*, e basato sulla illiceità dell’occupazione di un bene altrui, infatti, segnerebbe una interruzione della consequenzialità logica della disciplina generale (europea e nazionale) di riferimento in materia di acquisizione coattiva della proprietà privata, ponendosi in contrasto con essa attraverso una discriminazione - pure sancita dalla legge - del trattamento giuridico di situazioni soggettive che altrimenti sarebbero destinatarie della disciplina generale; da qui l’indefettibile necessità, ex art. 14, disp. prel. c.c., di una esegesi rigorosa della norma medesima che sia, ad un tempo, conforme al sistema di tutela della proprietà privata disegnato dalla CEDU ma rispettosa del valore costituzionale della funzione sociale della proprietà privata sancito dall’art. 42, comma 2, Cost. (che costituisce il fondamento del potere attribuito alla P.A.), secondo un approccio metodologico basato su una visione sistemica, multilivello e comparata della tutela dei diritti, a sua volta incentrata sulla considerazione dell’ordinamento nel suo complesso, quale risultante dalla interazione fra norme (interne e internazionali) e principi delle Corti (interne e sovranazionali); b) l’art. 42 *bis*, invece, configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (*uno actu perficitur*), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque *ex nunc*), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall’Amministrazione (perché altrimenti

Come chiarito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 71 del 2015, infatti, l'adozione dell'atto acquisitivo costituisce una *extrema ratio* per la soddisfazione di "attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico", solo, cioè, "quando siano state escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non sia ragionevolmente possibile la restituzione, totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino"<sup>17</sup>.

Il provvedimento di acquisizione sanante — impugnabile, seguendo il rito ex art. 119, c.p.a., dinanzi al giudice amministrativo —, in ogni caso, è l'unico strumento pubblicistico per produrre il trasferimento della proprietà al patrimonio indisponibile dell'amministrazione, le parti potendo in alternativa sempre addivenire ad accordi privatistici, anche di natura transattiva, finalizzati al trasferimento dell'immobile alla P.a.

Per contro, il proprietario, per evitare che il potere ablatorio possa essere esercitato *sine die*, può sollecitare l'esercizio dei poteri di cui all'art. 42 *bis* che integrano una funzione (bensì riservata, ma) doverosa, e poi attivare il rimedio del ricorso avverso il silenzio.

## 2. I COMPORTAMENTI E LA P.A.

Il "comportamento", nella sua valenza pre-giuridica, può definirsi "l'atto materiale di agire in un certo modo o per un determinato fine, sia esso correlato o meno ad un movimento fisico"<sup>18</sup>.

Pur mancando una definizione legislativa di comportamento, in sintonia con quello che pare essere l'orientamento del legislatore<sup>19</sup> e della giurisprudenza nel suo complesso, in particolare delle Corti supreme, il comportamento della P.a. può essere definito, "per sottrazione", come tutto quanto non è assimilabile ad una dichiarazione attizia o provvedimento, ancorché implicita o tacita, nelle forme in cui si possa ammettere.

---

integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata *sine titulo*; c) un tale obbiettivo istituzionale, inoltre, deve emergere necessariamente da un percorso motivazionale - rafforzato, stringente e assistito da garanzie partecipativo rigorose - basato sull'emersione di ragioni attuali ed eccezionali che dimostrino in modo chiaro che l'apprensione coattiva si pone come *extrema ratio* (perché non sono ragionevolmente praticabili soluzioni alternative e che tale assenza di alternative non può mai consistere nella generica <<...eccessiva difficoltà ed onerosità dell'alternativa a disposizione dell'amministrazione...>>), per la tutela di siffatte imperiose esigenze pubbliche; d) sono coerenti con questa impostazione: I) le importanti guarentigie previste per il destinatario dell'atto di acquisizione sotto il profilo della misura dell'indennizzo (avente natura indennitaria secondo Cass. civ., Sez. un., n. 2209 del 2015 cit.), valutato a valore venale (al momento del trasferimento, alla stregua del criterio della *taxatio rei*, senza che, dunque, ci siano somme da rivalutare ma, in ogni caso, tenuto conto degli ulteriori parametri individuati dagli artt. 33 e 40 t. u. espr.), maggiorato della componente non patrimoniale (dieci per cento senza onere probatorio per l'espropriato), e con salvezza della possibilità, per il proprietario, di provare autonome poste di danno; II) la previsione del coinvolgimento obbligatorio della Corte dei conti in una vicenda che produce oggettivamente (e indipendentemente dagli eventuali profili soggettivi di responsabilità da accertarsi nelle competenti sedi) un aggravio sensibile degli esborsi a carico della finanza pubblica; [...].».

<sup>17</sup> A. MOSCARINI, *Una sentenza interpretativa di rigetto sull'acquisizione sanante della proprietà del bene privato illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione*, in Giur. cost., 2015, 1035, in nota a Corte Cost., 30 aprile 2015, n. 71.

<sup>18</sup> Con la precisazione che per "atto" non deve considerarsi solo l'azione "positiva", ma anche quella "negativa" o omissiva.

<sup>19</sup> Come emerge dagli artt. 7 e 133 c.p.a. e prima ancora dagli artt. 34, d.lgs. n. 80 del 1998 e 53 Tresp.

È ormai sancito sul piano normativo, nonché pacifico in dottrina e giurisprudenza, che l'Amministrazione può agire, per il perseguimento e la tutela degli interessi pubblici assegnati dall'ordinamento, non solo mediante moduli autoritativi<sup>20</sup>, esercizio di potere in via unilaterale ed espressione di "sovranità", ma anche esercitando una capacità di diritto privato, nei limiti e secondo le regole previste dall'ordinamento, ponendo, quindi, in essere anche atti non autoritativi, atti cc.dd. paritetici e veri e propri negozi giuridici.

L'art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241 del 1990, prevede che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

L'amministrazione può stipulare contratti, ancorché correlati a fattispecie pubblicistiche implicanti la spendita di poteri autoritativi (come nel caso delle c.d. concessioni - contratto per i beni demaniali; nel caso di contratti pubblici ex d.lgs. n. 50 del 2016). L'amministrazione adotta atti di natura sostanzialmente privatistica quale datore di lavoro nell'ambito dei rapporti di pubblico impiego c.d. privatizzato<sup>21</sup>.

L'amministrazione, poi, utilizza moduli "consensuali" per l'esercizio del potere, come nel caso degli artt. 11 e 15, l. n. 241 del 1990<sup>22</sup>.

In questo contesto, la tematica dei comportamenti si impone all'attenzione dell'interprete in quanto ha costituito l'oggetto di una rilevante tensione tra il potere legislativo e il controllo operato dalla Corte Costituzionale in ordine al corretto riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O. e rappresenta ancora oggi un problematico territorio di "confine", rispetto al quale le posizioni della giurisprudenza amministrativa e di legittimità sotto diversi profili finiscono per divergere.

La "categoria" dei comportamenti, infatti, rientra tra i "*modi agendi*" della P.a., come confermato ancora oggi dagli artt. 7 e 133 c.p.a. e, precedentemente, dalle specifiche disposizioni legislative dettate in materia espropriativa (nonché edilizia, urbanistica e servizi pubblici), ex artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80 del 1998, e 53 Tresp, di cui si dirà nel prosieguo.

## **2.1. L'ORIGINE DEL PROBLEMA: LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA E I COMPORTAMENTI.**

Per comprendere la tematica dei comportamenti, la cui criticità è la conseguenza di alcune, fondamentali, declaratorie di illegittimità della Corte Costituzionale rispetto ad interventi legislativi di particolare impatto sul riparto di giurisdizione, specialmente nella materia espropriativa (nonché urbanistico-edilizia e dei servizi pubblici), è necessario proprio prendere le mosse dagli interventi normativi in questione.

Come noto, la materia espropriativa, unitamente all'edilizia e urbanistica (insieme ai "servizi pubblici") è stata una di quelle interessate dall'importante e "poderoso" intervento legislativo contenuto nel d.lgs. n. 80 del 1998 che ha condensato l'intenzione del legislatore di semplificare il riparto di giurisdizione tra G.A. e A.G.O. attribuendo al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in una misura così "ampia" da provocare la censura di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale per avere sostanzialmente proceduto ad un riparto per cc.dd. "blocchi di materie" in violazione dell'art. 103 Cost.

---

<sup>20</sup> In caso di esercizio del potere pubblico, e quindi, dell'attività autoritativa della P.a., la fattispecie è caratterizzata dallo schema "norma – potere – effetto", cui si correla l'interesse legittimo vantato dal privato.

<sup>21</sup> In questi casi, la fattispecie si connota per lo schema fatto- norma- effetto, la P.a. agendo esclusivamente in forza della sua capacità di diritto privato o comunque "alla stregua" di un privato, non esercitando, cioè, un potere attribuito da una specifica norma di legge.

<sup>22</sup> Qui ricorre una combinazione dello schema autoritativo (norma- potere-effetto) con lo schema paritetico (norma-fatto – effetto).

Per quanto concerne, in particolare, la materia espropriativa – che il legislatore<sup>23</sup> ha inteso far rientrare nella nozione, non definita e lata, ex art. 34, d.lgs. n. 80 del 1998, di “urbanistica”<sup>24</sup> - sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia, ad eccezione della giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa<sup>25</sup>.

La norma ha dato vita ad una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo chiamata ad accogliere nel suo seno ogni controversia tra il privato e la pubblica amministrazione, insorta nell'area dell'urbanistica e dell'edilizia e relativa - oltre che ad interessi legittimi - a diritti soggettivi (di regola il diritto di proprietà, i diritti reali, il possesso). E ciò sia nell'ipotesi in cui il *vulnus* recato al diritto soggettivo debba farsi risalire alla esplicazione dei pubblici poteri, sia nell'ipotesi in cui la lesione vada ricondotta, invece, a comportamenti *sine titulo* invasivi della sfera del privato (anche se in vista, di regola, del perseguimento di finalità pubblicistiche, pur con mezzi impropri).

Di ciò si trae sicura conferma dalla lettura dell'art. 34, nel quale si parla di lesioni arrecate a tali diritti tanto da «atti e provvedimenti» (e, perciò, dalla esplicazione di poteri autoritativi), quanto da «comportamenti» che si manifestino come iniziative disciplinate dal diritto comune (e di regola come meri fatti illeciti, fonti di responsabilità aquiliana).

La norma ha provocato quella che è stata definita<sup>26</sup> una vera e propria guerra tra giurisdizioni<sup>27</sup>, con particolare riguardo alle c.d. occupazioni illegittime<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Come sottolineato in dottrina - s. MALINCONICO, *Fattispecie occupative e giurisdizione: verso il consolidamento del criterio di riparto*, in *Dir. proc. Amm.*, fasc. 4, 2007, 1160, in nota a Cass. civ., sez. un., 07 febbraio 2007, n. 2688 - l'ambizioso intervento del legislatore era ispirato al progressivo superamento del criterio discrezionale dell'art. 103 Cost., fondato sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere (*causa petendi*), ed all'estensione della giurisdizione amministrativa esclusiva per «blocchi di materie». A ragion di ciò, la giurisdizione avrebbe dovuto essere definita in funzione della materia della controversia, indipendentemente dalla contestazione di un provvedimento o dalla situazione giuridica soggettiva fatta valere: e ciò per il sol fatto che l'amministrazione fosse parte della controversia l'obiettivo della riforma era evidentemente quello di semplificare l'individuazione del giudice dotato di giurisdizione in situazioni in cui la natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal privato fosse di individuazione particolarmente incerta, in quanto posta sostanzialmente «al confine» tra una situazione di interesse legittimo ed una di diritto soggettivo.

<sup>24</sup> Relativamente alla riconducibilità dell'espropriazione nell'ambito dell'urbanistica all'epoca dell'emanazione del d.lgs. n. 80 del 1998 si aprì un ampio dibattito. Secondo un primo indirizzo la materia urbanistica possedeva un'ampiezza tale da potervi senz'altro ricondurre anche l'espropriazione, a riguardo F. G. COCCA, *Giurisdizione e processo in tema di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 160, n. 8; G. AVANZINI, *Commento all'art. 34 del d.lgs. 80/1998*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 217 e M. BREGANZE, *Urbanistica ed edilizia nel d.lgs. n. 80/1998*, in *Riv. giur. urb.* 1999, 81; secondo altri, pur essendo l'espropriazione materia strumentale rispetto all'uso del territorio, essa è pur sempre eterogenea a quest'ultimo, s. GIOIA, *L'occupazione appropriativa a giudice ordinario o al giudice amministrativo*, in *Danno e resp.*, 2000, 204.

<sup>25</sup> La disposizione, è stata, poi, parzialmente riformulata dalla l. n. 205 del 2000, nel senso che «1. sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia. 2. Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio. 3. Nulla è innovato in ordine: a) alla giurisdizione del tribunale superiore delle acque; b) alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa».

<sup>26</sup> S. MALINCONICO, *Fattispecie occupative e giurisdizione: verso il consolidamento del criterio di riparto*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2007, 1160.

<sup>27</sup> Osserva R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865, che più di una normale dialettica

Con l'approvazione del Tuesp, il legislatore ha introdotto una specifica disposizione ai fini del riparto di giurisdizione in materia espropriativa.

L'art. 53 Tuesp, al riguardo, originariamente, prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti all'applicazione delle disposizioni del testo unico, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

Sull'art. 34, d.lgs. n. 80 del 1998, d'altronde, si è abbattuta la Corte Costituzionale nel 2004<sup>29</sup> la quale ne ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale, utilizzando la formula "espressione mediata del pubblico potere", ma riferita per lo più agli accordi ex art. 11, l. n. 241 del 1990.

In particolare, la Corte, condividendo la linea interpretativa dell'art. 34 seguita dalla giurisprudenza - sulla riconducibilità alla giurisdizione amministrativa anche dei fatti lesivi non riferibili all'esercizio del potere - con la sentenza n. 204 del 2004 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione al giudice amministrativo in relazione alle lesioni di diritti soggettivi riferibili ai detti comportamenti materiali ed ha disposto, espressamente, lo scorporo della detta espressione dal testo dell'art. 34 citato<sup>30</sup>.

Secondo la Corte, nella giurisdizione esclusiva non possono essere ricompresi, oltre "gli atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni svolgono le loro funzioni pubblicistiche - in materia urbanistica ed edilizia, oggetto di esame - anche "i comportamenti", così estendendo la giurisdizione a controversie nelle quali "la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere". La Corte Costituzionale affermò che l'art. 103 Cost., comma 1, non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche"

---

tra tesi dissonanti «si ha l'impressione di trovarsi in presenza di uno scontro tra soggetti che viceversa dovrebbero collaborare, ciascuno rispettoso del ruolo dell'altro (Consiglio di Stato e Corte di Cassazione)».

<sup>28</sup> Per una ricostruzione della vicenda dell'occupazione *sine titulo* e dei vari stadi della sua evoluzione, si veda R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.

<sup>29</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in Foro it., 2004, I, 2593, con note di S. Benini, A. Travi e F. Fracchia; tra i vari commenti alla stessa si vedano V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in Urb. e app., 2004, 820 ss.; F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in Giur. cost., 2004, 2209 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in Giorn. dir. amm., 2004, 974 ss.; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in Foro amm. C.d.S., 2004, 1903 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, ivi, 2004, 1908 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998 n.80 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in Foro it., 2004, X, 2598 ss.; M.L. MADDALENA, *Comportamenti della p.a. in materia urbanistica e riparto di giurisdizione dopo la sent. n. 204 del 2004 della C. cost.*, in Urb. e app., 2005, 80 ss..

<sup>30</sup> La Corte Costituzionale, richiamandosi all'espressione «particolari materie», ha ribadito che la tutela dei diritti soggettivi, anche nelle vertenze con la pubblica amministrazione, spetta al giudice ordinario, mentre al giudice amministrativo compete un ruolo diverso che la Corte ha identificato tipicamente con la tutela nei confronti del potere amministrativo. Dunque, il sistema di riparto di giurisdizione delineato dalla Costituzione continua a radicarsi sul binomio diritti soggettivi, interessi legittimi, spettando alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo talune particolari materie, nelle quali si scorge l'oggettiva difficoltà di distinguere tra le ricordate posizioni soggettive, A. GUALDANI, *L'altalenante dilemma dei confini della giurisdizione esclusiva sui comportamenti espropriativi*, in Foro amm. CDS, fasc.1, 2011, 95, nota a Cons. Stato, sez. IV, 02 marzo 2010, n. 1222.

diritti soggettivi, un potere che non è né assoluto, né incondizionato, e che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, secondo il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie: l'art. 103 Cost. esige che vi sia un "necessario rapporto di *species a genus*" allorché contempla, come "particolari", rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo.

Sono state conservate, così, alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative a diritti e interessi da riportare alla esplicazione del potere: una soluzione alla quale la Corte è approdata nel presupposto che la Costituzione consenta di derogare alla clausola generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (diritti - interessi) solo quando i diritti - tutelati innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva - risultino vulnerati dalla pubblica amministrazione come "autorità" (e si tratti, perciò, di diritti soggettivi sui quali incida il pubblico potere)<sup>31</sup>.

La Corte Costituzionale, poi, con la sentenza n. 191 del 2006<sup>32</sup>, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non escludeva "i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere"<sup>33</sup>, ha affermato che, ai fini del riparto di giurisdizione, nell'ambito dell'azione risarcitoria, è "conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti"... collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto", poiché l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria

---

<sup>31</sup> L'Adunanza Plenaria, con la sentenza 30 agosto 2005, n. 4, in Riv. giur. edilizia, 2005, 5, I, 1604, a tal proposito, ha affermato che va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere - nel senso in cui ne parla l'art. 34, in contrapposizione ai «comportamenti» materiali - qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia *ex lege* e che risulta pienamente l'ingerenza del giudice amministrativo su liti che, come nel caso in esame, abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento.

<sup>32</sup> Corte Cost., 11 maggio 2006 n. 191, in Giur. cost., 2006, 1921, con note di S. LARICCIA, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, e di G. GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*; in Corr. giur., 2006, 926, con nota di A. DI MAJO, *Atti e comportamenti nella tutela risarcitoria contro la p.a.*; G. MARI, *La giurisdizione amministrativa: il giudice amministrativo come giudice della funzione amministrativa*, in AA.VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013, 1 ss.; tra i vari commenti alla stessa, A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in Foro it., 2006, VI, 1625; M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti acquisitivi*, in Federalismi.it, n. 11/2006.

<sup>33</sup> Nozione che è stata definita come «irrimediabilmente contraddittoria», perché se un comportamento non è esecuzione di un provvedimento il principio di legalità dovrebbe escludere che i suoi effetti giuridici possano essere determinati dal provvedimento, da A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in Foro it., 2006, I, 1627.

non si giustifica quando la pubblica amministrazione "non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico"<sup>34</sup>.

In questo senso, quindi, deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti" collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

La pronuncia della Corte pone l'accento sulla distinzione tra comportamenti non riconducibili all'esercizio di un potere pubblico e quelli riconducibili «mediatamente» all'esercizio di un potere, sottraendo alla giurisdizione esclusiva la prima delle due categorie nell'alveo della quale la Corte Costituzionale fa rientrare i comportamenti posti in essere in carenza di potere o in via di mero fatto. Al contrario i comportamenti che siano esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e quindi riconducibili all'esercizio di un potere (anche se illegittimo) devono essere devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>35</sup>.

La Corte Costituzionale pone fine ad un dubbio interpretativo sorto in seguito alla sentenza n. 204 del 2004 in quanto, mentre in tale ultima sentenza il comportamento era una figura sintomatica di carenza di potere, nella sentenza n. 191 del 2006 il comportamento assurge alla dignità di espressione tipizzata dell'esercizio del potere, ancorché illegittimo, con l'unica marginale esclusione del comportamento posto in essere in via di mero fatto.

Tali principi sono stati riaffermati dalla Corte Costituzionale in più occasioni<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> La Corte ha rilevato che la disposizione di cui all'art. 53 t.u. espropriazioni, nella parte in cui devolve alla cognizione esclusiva del g.a. le controversie relative a comportamenti in materia di espropriazione, "è costituzionalmente illegittima là dove la locuzione, prescindendo da ogni qualificazione di tali "comportamenti", attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo controversie nelle quali sia parte — e per ciò solo che essa è parte — la pubblica amministrazione, e cioè fa del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione (art. 100 Cost.). Viceversa, nelle ipotesi in cui i "comportamenti" causativi di danno ingiusto — e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera — costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali "comportamenti" esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione. In sintesi, i principi sopra esposti.... comportano che deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti" (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto".

<sup>35</sup> Sul punto A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in Foro it., 2006, I, 1625; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *I beni privati ed il potere pubblico*, in G. Della Cananea - M. Dugato (a cura di), *Diritto Amministrativo e Corte Costituzionale*, Milano, 2006, 1-50.

<sup>36</sup> Tra le più rilevanti, Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giust. civ.*, 2007, 9, I, 1815, con nota di FINOCCHIARO, ; Corte Cost., 05 febbraio 2010, n. 35, in *Giust. civ.* 2011, 1, I, 42, ha confermato che nell'ambito della giurisdizione esclusiva è richiesto che l'amministrazione agisca, negli ambiti predefiniti dal legislatore, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11, l. n. 241 del 1990, sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. In tale ultimo caso, infatti, la cognizione delle controversie nascenti da siffatti comportamenti spetta alla giurisdizione del giudice ordinario. Più precisamente, con riguardo ad una fattispecie inerente la gestione dei rifiuti, la Corte ha precisato che i comportamenti che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto quelli costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa. L'espressione «azione di gestione dei rifiuti»

A seguito dell'introduzione del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), che ha abrogato le disposizioni legislative precedenti in materia, l'art. 53 t.u. espropriazioni fa rinvio per la disciplina della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo al c.p.a., facendo peraltro salva la giurisdizione del giudice ordinario "per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa".

Al riguardo, l'art. 7, comma 1, c.p.a. prevede che sono devolute alla giurisdizione amministrativa "le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"; il comma 4, che, nella prima delle tre articolazioni della giurisdizione amministrativa (giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito), sono incluse "le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma"; il comma 5 che "nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi".

Correlativamente, l'art. 133 c.p.a., alle lett. *f)* e *g)*, devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a., rispettivamente, "le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio,..." e "le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa".

In particolare, l'art. 133, lett. *g)*, c.p.a., dispone che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, "ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa".

Ove, quindi, gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti della pubblica amministrazione in materia di espropriazione siano riconducibili al potere ablativo della P.A., anche solo in via mediata, il criterio discrezionale derivante dalla natura della posizione soggettiva lesa cede rispetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Con le disposizioni che precedono, quindi, il legislatore ha inteso rendere la disciplina sul riparto di giurisdizione conforme agli insegnamenti della Corte Costituzionale.

---

va logicamente intesa nel senso che l'attività della pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti. Ne consegue che nella controversia all'esame del remittente, venendo in rilievo questioni meramente patrimoniali connesse al mancato adempimento da parte dell'amministrazione di una prestazione pecuniaria nascente da un rapporto obbligatorio, i comportamenti posti in essere dall'amministrazione stessa non sono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma impugnata, come sopra interpretata, e rientrano, invece, nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, nella specie correttamente adita.

Al riguardo, d'altronde, in dottrina vi è chi ha rilevato<sup>37</sup> come il *proprium* della giurisdizione esclusiva sia affidare al giudice amministrativo la cognizione (anche) di (controversie concernenti) diritti soggettivi. È pur vero che le materie cui tali (controversie e tali) diritti pertengono, devono contemplare poteri amministrativi; ma ove si tratti di diritti soggettivi è impossibile logicamente che, a fronte di siffatte situazioni giuridiche soggettive, in capo alla pubblica amministrazione siano predicabili poteri autoritativi. Il diritto soggettivo presuppone, come «contraltare», un dovere (o, meglio, un obbligo) e non un potere, per di più autoritativo.

Secondo tale impostazione, se la giurisdizione esclusiva si perimetra per materie (e non per singole controversie), ai sensi dell'art. 103 Cost., se nelle materie possono aversi sia diritti soggettivi sia interessi legittimi, se le controversie affidate (in queste materie) al giudice amministrativo possono concernere, alternativamente, diritti soggettivi o interessi legittimi, se nelle controversie relative a diritti soggettivi è in ogni caso da escludere la presenza e l'esercizio di poteri autoritativi, non sembra avere nessun senso separare, ai fini della (perimetrazione della) giurisdizione (esclusiva), siffatte controversie, a seconda che abbiano ad oggetto provvedimenti (o atti in genere) o, viceversa, semplici comportamenti.

Nell'orientamento seguito dalla Corte costituzionale sembra, cioè, che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, ci siano due diversi criteri di perimetrazione, relativi il primo agli atti, rispetto ai quali non si fa distinzione in ordine alla presenza o all'esercizio di poteri autoritativi, e il secondo ai comportamenti, in ordine ai quali la riconduzione all'esercizio di un potere autoritativo funge da qualità necessaria per essere ascritti alla giurisdizione esclusiva, rimanendone in caso contrario esclusi.

La presenza di poteri autoritativi, cioè, nelle materie di giurisdizione esclusiva (secondo quanto più volte affermato dalla Corte costituzionale) andrebbe, però, predicata per le materie (ed è il presupposto necessario per vedere in esse la compresenza di interessi legittimi e di diritti soggettivi); non sarebbe predicabile, invece, come elemento caratterizzante necessario, per le singole controversie, le quali, pur nella difficoltà a volte di qualificare le situazioni giuridiche coinvolte come diritti o interessi, non possono che riguardare o solamente gli uni o solamente gli altri; nel primo caso escludendo, e nel secondo presupponendo l'esercizio di poteri autoritativi.

In questo senso, nella sentenza della Corte Costituzionale n. 35 del 2010, si legge che «se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi», laddove i requisiti in questione consistono nella presenza di “poteri autoritativi”.

## 2.2. I COMPORAMENTI AMMINISTRATIVI, MEDIATI E PURI

Il problema definitorio e distintivo dei “comportamenti” della P.a., per quanto certamente non di recente affaccio<sup>38</sup> in dottrina e giurisprudenza, ha assunto un rilievo essenziale all'esito delle vicende sopra esposte.

---

<sup>37</sup> F. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, fasc.1, 2010, 439 ss., in nota a Corte Cost., 05 febbraio 2010, n. 35, il quale afferma che, in base a quanto affermato dalla Corte, il legislatore possa attribuire al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva la cognizione di “materie” caratterizzate “solo” da diritti soggettivi.

<sup>38</sup> Come ricordato anche da M.L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimento: prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, *Dir. amm.*, 3, 2007, 543 e ss., infatti, sul tema dei comportamenti della p.a., già nel 1964 E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 169 ss., 12

Come emerso da quanto precede, il fulcro del riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O., nell'ambito della giurisdizione esclusiva, in particolare, è, non solo l'esistenza del potere amministrativo, ma anche la qualità o la misura del collegamento tra esso e il comportamento posto in essere dalla P.a..

Va ribadito, poi, che la P.a. può agire in via autoritativa, mediante provvedimenti e atti esercizio di potere pubblico, rispetto ai quali può essere necessaria l'adozione di atti materiali esecutivi, ma può anche agire per mezzo di meri atti materiali o negoziali, come nel caso dei contratti (di locazione, di vendita, ecc.); infine, può agire mediante moduli consensualistici all'interno dell'esercizio del potere, sì che vengono a coesistere lo schema autoritativo e quello schema paritetico come nel caso degli accordi ex art. 11, l. n. 241 del 1990, cui parimenti possono accedere comportamenti della p.a. per la materiale esecuzione degli accordi medesimi.

La Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità dei sopra ricordati artt. 34 e 53 in relazione ai comportamenti nemmeno riconducibili mediatamente al potere, ha "depurato" la giurisdizione da tutte quelle condotte omissive e commissive della P.a. del tutto prive di collegamenti con il pubblico potere.

Pertanto, fatta eccezione per questioni attinenti l'indennità, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, a meno che le controversie non abbiano ad oggetto comportamenti che non siano riconducibili, nemmeno "*mediatamente*", all'esercizio di un potere.

Al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione, è pertanto necessario chiarire quali siano i comportamenti espressione di un pubblico potere e quali non lo siano.

Dall'esame della giurisprudenza civilistica e quella amministrativa, si assiste alla tendenza, soprattutto da parte della Corte di Cassazione, a interpretare il collegamento "mediato" tra potere e comportamenti posti in essere dalla P.a. secondo il parametro della c.d. non occasionalità, richiedendosi, di fatto, un collegamento "mediato", sì, ma comunque "diretto", tra esercizio del potere e comportamento.

In termini generali, possono esserci dei comportamenti della P.a. posti in essere in esecuzione di atti di natura non provvedimentoale, quali, i contratti ad oggetto pubblico (è il caso delle cessioni volontarie o gli accordi procedimentali o sostitutivi di provvedimento, ovvero ancora delle attività della p.a. quale datore di lavoro pubblico).

Possono venire in gioco comportamenti della p.a. specificamente esecutivi di provvedimenti amministrativi ancorché annullabili o nulli ex art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990.

---

occupandosi del tema dei limiti dei poteri del g.o. nei confronti della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 4, l.a.c. del 1865, in caso di comportamenti materiali della p.a., dopo aver dato conto delle opposte tesi dell'Orlando (che limitava la portata del divieto ex art. 4 l.a.c. ai soli atti della p.a.) e del Cammeo (che invece la estendeva a tutte le azioni e omissioni materiali illecite, ravvisando in esse comunque una volontà della p.a. idonea a trasformare ogni fatto in provvedimento), proponeva un criterio distintivo fondato sul «collegamento dei c.d. atti materiali agli atti della pubblica amministrazione», in base al quale i comportamenti amministrativi non dovevano essere valutati isolatamente, «ma nel loro necessario ricollegamento ad atti giuridici». Pertanto, l'applicazione dei principi di cui all'art. 4 della l.a.c. o di quelli comuni dipendeva dalla circostanza che gli atti materiali (comportamenti) della p.a. fossero «ricollegabili a situazioni e atti di diritto pubblico ovvero di diritto privato». Inoltre, quanto al tema dell'esecuzione di un atto nullo o inesistente, a fronte del quale «il diritto del cittadino resta integro e non subisce alcuna menomazione», e dell'attività materiale «tale risultante a seguito di annullamento del provvedimento amministrativo su cui si fondava», Cannada Bartoli, assimilando quanto agli effetti le due ipotesi, sembra condividere l'opinione all'epoca corrente secondo cui sussisterebbero in questi casi le limitazioni di cui all'art. 4 l.a.c. (16). Egli, inoltre, sottolinea sempre a questo proposito che la p.a. può (ai sensi dell'art. 7 l.a.c.), anche in pendenza del giudizio, procedere alla esecuzione di un atto delle cui conseguenze si disputa e che l'esercizio di tale potere deve essere sempre sindacato nei limiti dell'art. 4 l.a.c.

Il comportamento può costituire, poi, espressione di mera attività di fatto, come nel caso di condotte materiali poste in essere comunque in vista di un fine pubblico, astrattamente corrispondente a quella che sarebbe potuta essere un'attività esecutiva di provvedimento, ma in assenza del provvedimento medesimo o in esecuzione di un mero atto interno al quale non è seguita l'emanazione del provvedimento in questione, definita dalla dottrina come comportamento esecutivo senza titolo<sup>39</sup>; il comportamento di mero fatto, d'altronde, può anche configurarsi in modo del tutto avulso da una, nemmeno ipotetica, attività di natura provvedimentale, o comunque non ricollegabile allo svolgimento di funzioni amministrative<sup>40</sup>.

Può, poi, venire in gioco un comportamento "procedimentale" o "provvedimentale", caratterizzato dalla lesione dell'affidamento del privato a fronte dell'adozione da parte della P.a. di un provvedimento o atto favorevole, ma illegittimo, o nullo e successivamente annullato.

D'altronde, i "comportamenti" che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva non sono tutti i comportamenti, ma solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni concreta fattispecie, non risultano riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere<sup>41</sup>.

Tentando, d'altronde, una classificazione dei comportamenti coerente con quanto affermato dalla Corte Costituzionale e, quindi, tendenzialmente, utile ai fini del riparto di giurisdizione, si può procedere ad una "tripartizione" della categoria in questione fondata sul "grado" di collegamento o connessione tra il comportamento e il potere, a seconda cioè che il comportamento sia conseguenza "diretta" o solo "mediata" dell'esercizio del potere ovvero non sussista alcun collegamento, nemmeno mediato, con quest'ultimo.

Torniamo, quindi, al problema della definizione e declinazione del concetto di collegamento "mediato" con il potere: d'altronde, a tal fine, è opportuno comprendere cosa sicuramente non sia un comportamento mediato.

In primo luogo, vengono in rilievo i cc.dd. **comportamenti "amministrativi"**, che non sono solo collegati all'esercizio di potestà pubblicistiche, ma sono essi stessi esercizio di potere pubblico, in quanto diretta espressione o conseguenza dello stesso: vi rientrano tutti quegli atti "materiali" posti in essere in adempimento di provvedimenti amministrativi<sup>42</sup> o quelle omissioni che hanno natura provvedimentale<sup>43</sup> o che comunque, sia pure in negativo, sono proiezione del potere in quanto mancato<sup>44</sup> o non corretto esercizio<sup>45</sup> dello stesso.

Va fin d'ora sottolineato che, secondo l'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale, la "diretta" connessione tra potere e comportamento, nei casi sopra visti, in linea teorica non soffre della illegittimità

---

<sup>39</sup> Come nel caso dell'impossessamento da parte di agenti della forza pubblica di porzioni di fondi rustici, previa esibizione di un mero ordine di servizio nel quale si enuncia doversi procedere alla costruzione di una strada pubblica: M. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 340 e 341.

<sup>40</sup> Come nel caso di incidente stradale, o omessa manutenzione delle strade pubbliche.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Ad Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in Resp. civ. e prev. 2008, 1, 228.

<sup>42</sup> La c.d. immissione in possesso a seguito del decreto di esproprio o del decreto di occupazione di urgenza; la demolizione da parte della P.a. dell'immobile abusivo a seguito dell'ordinanza di demolizione emessa nei confronti del privato.

<sup>43</sup> Come nel caso del c.d. silenzio assenso di cui all'art. 20, l. n. 241 del 1990, e il silenzio diniego di cui all'art. 25, comma 4, l. n. 241 del 1990.

<sup>44</sup> Come nel caso di silenzio inadempimento, che si configura nel caso di mancato rispetto dell'obbligo della p.a. di provvedere alla conclusione di un procedimento entro il termine di legge, ai sensi dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, e senza che la legge attribuisca all'inerzia alcun significato.

<sup>45</sup> Sotto il profilo procedimentale, come nel caso di scorretta gestione del procedimento, come, ad es., nel caso di procedure ad evidenza pubblica nelle gare di appalto.

dell'eventuale provvedimento esercizio di potere cui si collega in via esecutiva il comportamento: cioè il fatto che il provvedimento in questione venga annullato, in via giudiziale o in autotutela, ancorché con effetti *ex tunc*, non toglie il fatto che il comportamento sia stato emesso in specifica attuazione di un atto esercizio di potere.

Sul versante diametralmente opposto, invece, vi sono i cc.dd. **“nudi comportamenti o meri comportamenti”**, con ciò intendendosi l'attività materiale tenuta dalla pubblica amministrazione in una condizione di parità con i terzi, in quanto posta in essere esercitando la capacità di diritto privato che le è propria (attraverso, ad es., l'attività materiale nell'ambito dei negozi giuridici stipulati), ovvero, semplicemente per aver posto in essere una condotta materiale in assenza di una norma attributiva di potere pubblico corrispondente.

Le criticità, invece, come anticipato, si concentrano, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, sulla categoria dei comportamenti non riconducibili nemmeno in via mediata al potere, il che pone il problema di comprendere cosa si debba intendere, in senso positivo, per “collegamento mediato” con il potere.

Come si approfondirà nei successivi paragrafi, è proprio intorno a questo problematico concetto che si è consumata (con riguardo al riparto di giurisdizione nelle controversie relative ad occupazioni abusive) o si consuma tuttora (come nel caso delle controversie da c.d. lesione dell'affidamento) una frattura tra le decisioni della Suprema Corte da un lato, e della giurisprudenza amministrativa, dall'altro, e nei casi di convergenza tra gli orientamenti dei due plessi, possono comunque sollevarsi dei dubbi in ordine alla possibile restrittività dell'approccio tenuto (si rinvia ai paragrafi in materia di usucapione e sconfinamento per le opinioni di chi scrive).

La tendenza della Corte di Cassazione è sempre stata quella di seguire un approccio restrittivo nell'interpretare e applicare il concetto di “collegamento mediato” al potere, ampliando, quindi, l'ambito di applicazione della giurisdizione ordinaria a discapito di quella amministrativa.

Se, da un lato, infatti, proprio in materia espropriativa<sup>46</sup>, la Suprema Corte ha applicato, in più occasioni, la contestata – dalla giurisprudenza amministrativa in particolare – teoria della nullità per c.d. carenza di potere in concreto, dall'altro lato, solo in tempi relativamente recenti ha modificato il suo radicato orientamento secondo cui l'occupazione abusiva posta in essere in forza dichiarazione di pubblica utilità successivamente annullata o divenuta inefficace costituirebbe mero comportamento di fatto e non un comportamento collegato in via mediata all'esercizio del potere.

Per contro, la giurisprudenza amministrativa - in particolare il Consiglio di Stato - ha sempre interpretato diversamente la questione e il perimetro della giurisdizione esclusiva della G.A., sia perché non ha condiviso tendenzialmente la tesi della c.d. carenza di potere in concreto<sup>47</sup>, sia perché la connessione con il potere è stata interpretata in termini più “lati”.

Pur avendo superato gli orientamenti che precedono<sup>48</sup>, allineandosi così alla giurisprudenza amministrativa, la Corte di Cassazione è piuttosto ferma con l'affermare che «la norma che attribuisce un potere alla p.a.

---

<sup>46</sup> Con riguardo alle occupazioni illegittime poste in essere a seguito di dichiarazione di pubblica utilità ritenuta nulla per non aver fissato i termini di inizio e fine lavori.

<sup>47</sup> Ritenendo, ad es., la dichiarazione P.U. priva del termine finale meramente annullabile e non nulla.

<sup>48</sup> Ad es., Cass. civ., sez. un., 27 maggio 2015, in Riv. Giur. Ed., 2015, 4, I, 699, ha affermato che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto dà luogo ad una controversia riconducibile in parte direttamente ed in parte mediatamente ad un provvedimento amministrativo, la domanda di risarcimento per i danni che si pretendono conseguiti ad una occupazione iniziata, dopo la dichiarazione di pubblica utilità, in virtù di un decreto di occupazione d'urgenza e proseguita anche successivamente alla sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità”.

descrive innanzitutto l'agire dell'amministrazione riguardo ad un certo oggetto. Tale esercizio si concreta nel provvedimento che a tale oggetto si riferisce e che in relazione ad esso dispone e stabilisce il risultato che si deve raggiungere. Per raggiungere tale risultato sono necessari una serie di atti dell'amministrazione e di norme operative materiali, cioè comportamenti. Questi comportamenti possono essere, però, di diversa natura. Taluni sono oggettivamente necessari per realizzare il risultato che l'esercizio del potere deve raggiungere: si tratta di comportamenti che sono oggettivamente indispensabili per raggiungere tale risultato e sono tali secondo la stessa previsione della norma attributiva del potere. L'amministrazione ha certamente un potere di scelta nella tenuta di tali comportamenti, nel senso che sceglie di tenerli in un certo modo, piuttosto che in un altro, ma il tratto costante è che tutti i comportamenti che si potevano tenere, anche quelli non scelti, in ogni caso, per il modo in cui il potere è normativamente previsto, risultavano oggettivamente, per le loro caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, ad esso riconducibili, perché concernevano proprio tale oggetto come normativamente previsto. Vi sono, però, numerosi altri comportamenti che invece si rivelano soltanto funzionali al raggiungimento del risultato che l'esercizio del potere deve realizzare secondo la previsione normativa ed in relazione all'oggetto che essa prevede. Tali comportamenti sono in relazione con l'esercizio del potere non perché corrispondenti e dunque riconducibili a quanto oggettivamente la norma di previsione del potere prevede, bensì soltanto perché l'amministrazione o chi per essa li ha tenuti per raggiungere quel risultato, scegliendo di tenerli in un certo modo piuttosto che in un altro. Sono comportamenti che sono stati certamente funzionali a quel raggiungimento, ma non per le loro caratteristiche oggettive e, dunque, perché hanno rappresentato uno dei modi di realizzazione sul piano della realtà effettuale del potere per come descritto normativamente, bensì solo perché l'amministrazione li ha tenuti allo scopo di raggiungere il risultato dell'esercizio del potere asseritamente esercitato e normativamente descritto. Non si tratta di comportamenti che per le loro caratteristiche rivelino dunque l'esercizio del potere, ma di comportamenti che solo per il loro finalismo e, dunque, non secondo quanto prevedeva la norma di attribuzione del potere, si pongono in relazione con il suo esercizio. Sicché essi, di per sé, non si possono dire riconducibili a tale esercizio in quanto giustificato dalla norma di attribuzione del potere asseritamente invocata dall'amministrazione o da chi per essa riguardo al suo agire»<sup>49</sup>.

Secondo la Corte, quindi, «i comportamenti riconducibili all'esercizio del potere sono dunque solo quelli che trovano oggettiva giustificazione in ciò che la previsione del potere al livello normativo stabilisce. Questo sembra implicare la riconducibilità di cui parla l'art. 7, comma 1: i comportamenti cui la norma fa riferimento e, quindi, anche gli effetti dannosi che in ipotesi essi provocano, sono solo quelli che, secondo la norma di previsione del potere, appaiono astrattamente e oggettivamente necessari per l'attuazione del potere che l'amministrazione o chi per essa abbia esercitato o eserciti, a torto o a ragione. Se si opinasse invece che l'esercizio di un potere in ambito di giurisdizione esclusiva determini la *vis attractiva* di tutti i comportamenti tenuti dall'amministrazione o dal soggetto attraverso il quale essa agisce semplicemente in funzione dell'esercizio del potere e, dunque, semplicemente in occasione di tale esercizio, si avrebbe a ben vedere la conseguenza - che non sembra in linea con la sentenza n. 204 del 2004 della Consulta - che nelle materie di giurisdizione esclusiva tutto l'agire comportamentale della pubblica amministrazione che sia anche solo meramente occasionato dall'esercizio del potere, sarebbe riconducibile alla giurisdizione amministrativa esclusiva non già per una riconducibilità al potere - se esistente - per come normativamente previsto, bensì semplicemente perché l'amministrazione o chi per essa ha deciso di tenerlo per raggiungere il risultato che l'esercizio del potere prevedeva e non perché detto agire costituisca uno dei modi possibili, ma da scegliere necessariamente, di tale raggiungimento. Il comportamento sarebbe attratto alla giurisdizione esclusiva non perché si rivela esso stesso diretto, secondo le opzioni di esercizio del potere normativamente descritte, a tale raggiungimento, bensì soltanto perché è servito all'amministrazione a

---

<sup>49</sup> Cass. civ., sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, in Foro Amm., II, 2016, 2, 266.

questo scopo. La riconducibilità in questo secondo caso verrebbe fatta dipendere in buona sostanza dalla scelta dell'amministrazione e, dunque, avrebbe una connotazione esclusivamente soggettiva. Ma una simile evenienza si sarebbe dovuta prevedere da parte del legislatore con una diversa formulazione, cioè alludendo ai comportamenti che l'amministrazione o chi per essa tenga per esercitare il potere: criterio che equivarrebbe a dire che tutti i comportamenti che l'amministrazione o chi per essa tiene, secondo un mero criterio finalistico dipendente dalla sua scelta, per realizzare l'effetto dell'esercizio del potere, resterebbero attratti alla giurisdizione esclusiva. Poiché la norma dell'art. 7, comma 1, invece, ha posto il comportamento direttamente in relazione con il potere, ha richiesto la riconducibilità all'esercizio del potere e poiché quest'ultimo è descritto dalla norma che lo prevede, la riconducibilità deve dipendere e dev'essere identificata dal modo di essere del potere e dunque, dalla norma di previsione del potere, che l'amministrazione o chi per essa, esercita. Fermo restando, naturalmente che spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo la questione del se il potere invocato esista in concreto in base alla norma e del se esista la norma in base alla quale lo si assume esercitato. Se la norma di pretesa attribuzione del potere che si assume esercitato non prevede il comportamento di cui trattasi ed esso appare, invece, solo occasionato e giustificato soggettivamente in relazione al potere esercitato, la giurisdizione del giudice amministrativo, pur esclusiva, non sussiste».

Secondo le Sezioni Unite<sup>50</sup>, quindi, ai fini della riconducibilità della condotta del soggetto pubblico al pregresso esercizio del potere espropriativo, in via di derivazione in senso causale, occorre che il comportamento cui si ascrive la lesione sia la conseguenza d'un assetto d'interessi conformato da un originario provvedimento ablativo, legittimo o illegittimo, ma comunque espressione d'un potere amministrativo (in concreto) esistente, che abbia reso possibile la condotta successiva. In altri termini la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica ed edilizia presuppone che il comportamento della P.A. non sia semplicemente "occasionato" dall'esercizio del potere, ma si traduca, in virtù della norma attributiva, in una sua manifestazione diretta e ciò risulti necessario in relazione all'oggetto del potere e al risultato da perseguire.

L'approccio restrittivo della Suprema Corte solleva qualche dubbio, anche perché, come è stato sottolineato, se dalla lettura delle sentenze della Corte costituzionale n. 191 del 2006<sup>51</sup> e n. 204 del 2004<sup>52</sup>, emerge una chiara linea di continuità, incentrata sulla nozione di collegamento con l'esercizio, sia pure illegittimo o ancorché mediato, di un pubblico potere, dalla decisione della n. 140 del 2007, risulta introdotto un ulteriore aspetto, facendo riferimento all'attinenza a «specifici provvedimenti o procedimenti "tipizzati" normativamente» per giustificare la legittimità costituzionale della previsione di giurisdizione esclusiva sulle pretese risarcitorie per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali. In tal senso, la pronuncia sembrerebbe offrire uno spunto per avviare una riflessione circa la possibilità di ricollegare la giurisdizione esclusiva anche solo all'esistenza di un procedimento amministrativo in atto, quale indizio della attinenza con l'esercizio di pubbliche funzioni<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Cass. civ., sez. un., 02 novembre 2022, n. 32324, in Giust. civ. mass., 2023; Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2018, n. 5790, in Riv. Giur. Ed., 2018, 3, I, 659.

<sup>51</sup> La quale, come detto, ha esplicitato una distinzione tra «comportamenti meri», nei quali cioè la p.a. non esercita nemmeno mediatamente alcun pubblico potere, spettanti alla giurisdizione ordinaria, e «comportamenti amministrativi» per i quali tale collegamento con il potere sussiste e giustifica la devoluzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva del relativo contenzioso.

<sup>52</sup> La quale esclude la giurisdizione esclusiva in caso di comportamenti delle pubbliche amministrazioni del tutto sganciati dall'esercizio del potere, perché la pubblica amministrazione non esercita - nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici - alcun pubblico potere.

<sup>53</sup> V. DOMINICHELLI, *Occupazione espropriativa, comportamenti e giudice amministrativo (una storia italiana)*, in Dir. proc. amm., 2006, 868, ha affermato essere auspicabile che il giudice amministrativo continui ad occuparsi di tutti i

Peraltro, approcciando la problematica applicando il c.d. principio di causalità, o comunque un criterio eziologico, è chiaro che se i comportamenti c.d. amministrativi, espressione diretta, sia pure sul piano materiale, del potere, rientrano nella giurisdizione del G.a. (anche di legittimità, a ben vedere) per il loro nesso “immediato e diretto”, i comportamenti cc.dd. “mediati”, in tanto possono giustificarsi in quanto possano trovare una loro “spiegazione”, un “punto di contatto” eziologico con il potere esercitato, in via meramente mediata ed indiretta.

A tal proposito, la Corte di Cassazione<sup>54</sup>, con una recente sentenza che verrà evocata anche nel prosieguo, è venuta affermando, proprio in relazione ad una controversia afferente un’occupazione abusiva nell’ambito della materia espropriativa, che le controversie risarcitorie, promosse in epoca successiva al 10 agosto 2000, relative alle occupazioni illegittime preordinate all’espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile come tale in base al procedimento svolto e alle forme adottate, anche se l’ingerenza nella proprietà privata sia poi avvenuta senza alcun titolo o nonostante il venir meno di detto titolo, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistico-edilizia ai sensi della l. n. 205 del 2000, art. 7, giacché l’apprensione, l’utilizzazione e l’irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione sono riconducibili a un concreto esercizio del potere autoritativo che si manifesta con l’adozione della dichiarazione di pubblica utilità, senza che assuma rilevanza il fatto che quest’ultima perda successivamente efficacia o venga annullata. La Corte ha precisato che tale principio viene in questione in base alla natura sostanziale della situazione dedotta in lite, al di là della formula (nullità o inesistenza) impiegata dalla parte.

Da questa decisione sembrerebbe trasparire l’idea che anche nel caso in cui il comportamento sia correlato ad un provvedimento nullo o inesistente (a seconda dell’accoglimento della teoria di riferimento) per carenza di potere in astratto, a fronte di un’apparenza, procedimentale e provvedimentale, che fa emergere un formale esercizio di potere – ancorché in concreto insussistente – si verrebbe a giustificare la giurisdizione del G.a., la giurisdizione del G.O. essendo, quindi, sussistente solo nei casi in cui manchi del tutto qualsiasi parvenza, anche solo formale, di esercizio del potere.

Quanto precede, quindi, se ci permette di esaminare più da vicino, seppure sinteticamente, il problema dei comportamenti conseguenti a provvedimenti o atti amministrativi “nulli”, consente altresì di avanzare sin d’ora dei dubbi in ordine alla correttezza dell’orientamento – concorde – della giurisprudenza amministrativa e civile relativo al riparto di giurisdizione in materia di usucapione e c.d. sconfinamento.

## **A) IL PROBLEMA DEI COMPORAMENTI ATTUATIVI DI ATTI O PROVVEDIMENTI NULLI.**

In via generale, si ritiene che, nonostante l’atto nullo sia giuridicamente inefficace *ex se*, senza bisogno di una pronuncia giudiziale in merito, esso può tuttavia ugualmente produrre in concreto effetti materiali. Un atto nullo, infatti, ove abbia almeno la parvenza di un provvedimento, può sicuramente essere eseguito, ponendo in essere attività materiali, dalla pubblica amministrazione o dal privato destinatario di esso che lo ritengano - erroneamente - valido ed efficace<sup>55</sup>.

---

comportamenti amministrativi che si collegano ancorché patologicamente a un procedimento amministrativo espressivo della competenza della amministrazione.

<sup>54</sup> Cass. civ., sez. un., 05 settembre 2022, n. 26033, in Guida al dir., 2022, 48.

<sup>55</sup> In tema, M. L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimentale: prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, Dir. amm., 3, 2007, 543 e ss., cui si rinvia per l’ampia e approfondita disamina della tematica.

La categoria della nullità del provvedimento, al pari di quella dell'inesistenza, è stata per lungo tempo di difficile inquadramento, e ad essa si faceva riferimento in dottrina e nella giurisprudenza della Cassazione per lo più ai fini del riparto di giurisdizione tra la giurisdizione del G.O. e del G.A.<sup>56</sup>.

Peraltro, la tematica in questione assume una particolare pregnanza nell'ambito della materia in questa sede trattata<sup>57</sup>, perché è proprio con riferimento alla nullità (oltre che all'assenza) della dichiarazione di pubblica utilità, per carenza di potere, in sede di procedimento espropriativo, che si è affermata la sussistenza di una occupazione c.d. usurpativa e, quindi, la cognizione del Giudice ordinario, come si dirà nel prosieguo.

Nell'ambito del presente lavoro viene in rilievo il profilo dei comportamenti posti in essere a seguito o, comunque, in conseguenza, anche mediata, di un provvedimento o atto nullo, e il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A.

Occorre partire dai dati normativi attualmente vigenti.

L'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, prevede che è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

L'art. 31, comma 4, c.p.a., prevede che La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV.

L'art. 133, comma 1, lett. a, n. 5, stabilisce la giurisdizione esclusiva in caso di nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato.

Come si comprende facilmente dalle disposizioni sopra richiamate, non si pongono problemi per la particolare fattispecie di nullità degli atti e dei provvedimenti – e conseguenti comportamenti - posti in essere in violazione o elusione del giudicato, in tal caso l'art. 133 cpa, come detto, prevedendo espressamente la giurisdizione esclusiva (peraltro estesa al merito) del G.a. con un ambito di applicazione estremamente “ampio” e che pare poter ricomprendere la cognizione di tutti quei comportamenti che in ogni caso vengano ad incidere sulla corretta esecuzione del giudicato o comunque delle decisioni suscettibili di ottemperanza.

In relazione alle altre ipotesi di nullità previste dall'art. 21 *septies*, invece, la soluzione non è univoca sia in quanto la disposizione in questione disciplina ipotesi “strutturalmente” diverse tra loro [oltre all'eterogenea categoria degli specifici “casi espressamente previsti dalla legge” (c.d. nullità testuale), il difetto assoluto di attribuzione e la mancanza di elementi essenziali, la prima categoria, intesa, come si dirà, nel senso di carenza di potere in astratto, inerendo un presupposto del provvedimento, quindi un elemento esterno allo

---

<sup>56</sup> Per un esame del problema, si rinvia a A. LAMORGESE, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, relazione svolta a Siena, Certosa di Pontignano, 22-23 giugno 2007 in occasione del convegno dal titolo L'azione di nullità ed il giudice amministrativo Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>57</sup> M.L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimentoale: prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, *Dir. amm.*, 3, 2007, 543 e ss..

stesso<sup>58</sup>, la seconda categoria attenendo al contenuto dello stesso), sia in quanto, ai fini della giurisdizione, rileva anche la materia e il contesto normativo degli atti e dei provvedimenti dei quali si predica la nullità.

Occorre sempre considerare, quindi, che nell'ambito della materia espropriativa, per il riparto di giurisdizione con riguardo agli atti nulli e, quindi, ai comportamenti tenuti in conseguenza degli o in collegamento con gli stessi, sussiste un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, sì che non dobbiamo porci il problema di esaminare se e in che misura le diverse ipotesi di nullità dei provvedimenti e, quindi, dei conseguenti comportamenti, possano rientrare nella giurisdizione di legittimità del G.a..

Anche nella fattispecie qui in esame, quindi, il criterio ermeneutico fondamentale è quello del "collegamento con il potere".

L'idea che il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva possa e anzi debba conoscere pure dei provvedimenti nulli è stata autorevolmente sostenuta in dottrina<sup>59</sup>.

Ora, per quanto riguarda il caso della nullità per c.d. difetto assoluto di attribuzione, se si accede all'interpretazione per cui con tale concetto il legislatore avrebbe inteso far riferimento alla c.d. carenza di potere in astratto, si dovrebbe ritenere esclusa la giurisdizione anche esclusiva del G.a..

Infatti, mancando il potere (sotto il profilo oggettivo, non sussistendo una norma attributiva di quel potere, o nei termini di incompetenza assoluta ad adottare l'atto o il provvedimento), pur a fronte di un atto o provvedimento formalmente emessi dalla P.a. i comportamenti ad essi correlati costituirebbero una mera attività materiale, la giurisdizione sugli stessi spettando, quindi, al G.O., anche nel caso di giurisdizione esclusiva, mancando, infatti, un collegamento anche mediato con il potere.

Ciò, come accennato, però, vale solo se, come ritiene la giurisprudenza maggioritaria, il difetto assoluto di attribuzione si riferisca alla c.d. carenza di potere in astratto, fattispecie che la giurisprudenza definisce "residuale" e "di scuola"<sup>60</sup>, perché concerne l'ipotesi in cui la norma attributiva del potere manchi del tutto ovvero quella di c.d. incompetenza assoluta, afferente al caso in cui il potere sia attribuito ad un plesso dell'Amministrazione del tutto diverso rispetto a quello di appartenenza dell'organo che ha adottato l'atto o il provvedimento nullo.

Va, d'altronde, dato conto del fatto che, soprattutto in passato, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, specie nell'ambito della materia espropriativa, ha dimostrato di accogliere la c.d. teoria della carenza di potere in concreto, istituito la cui configurazione è stata pressoché sempre rifiutata dalla giurisprudenza<sup>61</sup>.

Ci si riferisce, in particolare, alla tesi per cui sarebbe nulla la dichiarazione di pubblica utilità carente della indicazione dei termini iniziali e finali della procedura espropriativa, in quanto tale mancanza «vizia in radice la dichiarazione di pubblica utilità, comportandone l'originaria invalidità, che si traduce nella giuridica insistenza per carenza di un suo carattere essenziale tipico; con la conseguenza che l'occupazione del bene non è collegabile ad un provvedimento amministrativo emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezioni della p.a., ma si concreta in una mera attività materiale». In questo quadro, è irrilevante l'emanazione di un decreto di occupazione di urgenza, «perché questo, se non preceduto da

---

<sup>58</sup> In tal senso, A. LAMORGESE, *op. cit.*, 12-13.

<sup>59</sup> R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865 ss.. Per un approfondimento si rinvia nuovamente a M.L. MADDALENA, *Comportamenti amministrativi e nullità provvedimentoale: prospettive di tutela tra g.o. e g.a.*, *Dir. amm.*, 3, 2007, 543 e ss..

<sup>60</sup> Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671, in *Guida al dir.*, 2015, 5, 97.

<sup>61</sup> Si veda, in tema, M. IMMORDINO E M. C. CAVALLARO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies l. n. 241 del 1990*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

un provvedimento che abbia indicato i termini di cui all'art. 13 della l. n. 2359 del 1865, deve ritenersi pronunciato da un'autorità priva del potere di emetterlo»<sup>62</sup>.

La Corte di Cassazione, nel far riferimento a tale ipotesi particolare di nullità ha affermato, pertanto, che il provvedimento nullo per carenza di potere in concreto non è idoneo ad esprimere quel collegamento con l'esercizio, sia pure illegittimo, del potere che radica la giurisdizione amministrativa esclusiva.

In questa medesima ottica, del resto, si inseriva la tesi per cui era nullo per carenza di potere in concreto il decreto di esproprio emesso oltre i termini di efficacia della d.p.u., il quale pertanto non doveva essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo.

Non solo, ma a ben vedere è riconducibile alla teoria della carenza di potere in concreto anche l'affermazione per cui appartengono alla giurisdizione del G.O. le ipotesi di occupazioni poste in essere in collegamento con una dichiarazione di p.u. successivamente annullata o divenuta inefficace.

Per contro, l'Adunanza Plenaria con le decisioni n. 4 del 2005<sup>63</sup>, n. 9 del 2005 e n. 2 del 2006 ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa esclusiva anche con riguardo ad alcuni comportamenti di c.d. occupazione usurpativa (come nel caso di intervenuto annullamento della dichiarazione di pubblica utilità) ricomprendendo nella nozione di comportamenti anche le attività materiali compiute in esecuzione di atti amministrativi, ancorché illegittimi o successivamente divenuti inefficaci per scadenza dei termini di legge.

La posizione dell'Adunanza Plenaria ha trovato poi esplicita conferma nella Corte cost. con la sent. n. 191 del 2006 per quanto riguarda l'ipotesi della d.p.u. annullata.

In linea con quanto precede anche l'ulteriore pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 30 luglio 2007, che ha affermato la giurisdizione amministrativa in caso di sopravvenuta inefficacia della d.p.u. a causa della mancata o tardiva adozione del decreto di esproprio.

Con riferimento, poi, alla nozione di carenza di potere in concreto, la stessa è stata, come detto, da sempre avversata dal giudice amministrativo che ha ricondotto le fattispecie sussunte dalla Cassazione nell'ambito della fattispecie in questione a ipotesi di mera illegittimità del provvedimento<sup>64</sup>, la carenza di potere in concreto non essendo stata prevista normativamente, né ad essa avendo fatto espresso riferimento la Corte costituzionale nelle citate pronunce.

Conformemente, quindi, la giurisprudenza amministrativa tendenzialmente non ha qualificato in termini di nullità la d.p.u. carente dei termini, riconoscendo, quindi, la giurisdizione esclusiva del G.A. anche sui comportamenti posti in essere in conseguenza della stessa.

Più di recente, la Suprema Corte di Cassazione, rimeditando i propri orientamenti alla luce della sentenza n. 191 del 2006 della Corte Costituzionale ha affermato la giurisdizione esclusiva del G.a. anche in caso di omessa indicazione dei termini della dichiarazione di p.u. e in caso di dichiarazione di p.u. successivamente divenuta inefficace o annullata.

Il Consiglio di Stato<sup>65</sup>, poi, ha anche di recente rammentato che, in caso di adozione dopo i termini di legge del decreto di esproprio, non sussiste un difetto assoluto di attribuzione, ma l'esercizio di potestà amministrative seppur non conforme al paradigma legislativo.

---

<sup>62</sup> Si veda tra le altre, Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27192, in Giust. civ. mass., 2006, 12.

<sup>63</sup> In Dir. proc. amm., 2006, 152 ss., commentata in senso critico da F. PAOLANTONIO, *Accessione invertita, tutela risarcitoria e questioni di giurisdizione, il punto dell'adunanza plenaria*.

<sup>64</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 26 marzo 2003, 4, in Foro amm. CdS, 2003, 877.

<sup>65</sup> Cons. Stato, sez. IV, 6 gennaio 2021, n. 778, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Per la risalente e pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato, qualsiasi vizio del procedimento espropriativo non esclude la natura autoritativa del decreto d'esproprio, quale atto con cui si esercita il potere previsto dalla normativa di settore<sup>66</sup>: poiché non rileva la gravità del vizio prospettato, non possono essere considerati nulli gli atti del procedimento espropriativo che, in ipotesi, siano stati emessi in violazione di una legge (che costituisce uno dei tre tradizionali vizi dell'atto amministrativo).

Non solo, ma, come sopra accennato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>67</sup> si sono recentemente espresse nel senso che, ove l'espropriazione finalizzata a realizzare un'opera pubblica sia collegata a una dichiarazione di pubblica utilità, ogni censura a essa espropriazione riferita implica un vaglio di legittimità in ordine all'esercizio del pubblico potere in materia urbanistica; non rileva, per escludere la giurisdizione amministrativa, che il ricorrente a monte dell'esproprio abbia affermato la nullità o l'inesistenza giuridica del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera; ove anche ciò sia, il riflesso di ogni ipotetico vizio sulla nullità del provvedimento di esproprio implica che si sia pur sempre dinanzi a una procedura non usurpativa (come affermato dal Tar), ma semplicemente illegittima.

Secondo la Corte, le controversie risarcitorie, promosse in epoca successiva al 10 agosto 2000, relative alle occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile come tale in base al procedimento svolto e alle forme adottate, anche se l'ingerenza nella proprietà privata sia poi avvenuta senza alcun titolo o nonostante il venir meno di detto titolo, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistico-edilizia ai sensi della L. n. 205 del 2000, art. 7, giacché l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione sono riconducibili a un concreto esercizio del potere autoritativo che si manifesta con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, senza che assuma rilevanza il fatto che quest'ultima perda successivamente efficacia o venga annullata.

Tale principio, precisa la Corte, viene in questione in base alla natura sostanziale della situazione dedotta in lite, al di là della formula (nullità o inesistenza) impiegata dalla parte.

Dopo le note sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e 191 del 2006, infatti, si è affermato che la giurisdizione esclusiva non trova giustificazione nell'idoneità della dichiarazione di pubblica utilità a determinare l'affievolimento del diritto di proprietà, e quindi nella configurabilità della posizione giuridica del proprietario come interesse legittimo, ma nella riconducibilità della fattispecie alla materia (urbanistico-edilizia) in sé considerata, come definita dal citato art. 7.

Sicché, in altre parole, spettano alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie aventi a oggetto comportamenti riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere da parte della pubblica amministrazione, con estensione alle ipotesi in cui l'esercizio di quel potere si è manifestato con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, a prescindere dal fatto che poi l'apprensione o l'irreversibile trasformazione del fondo abbiano avuto luogo in mancanza di titolo o in virtù di un titolo a sua volta nullo o caducato.

Ciò quindi, sembrerebbe comportare la giurisdizione del G.a. in tutti i casi in cui la P.a. abbia occupato i terreni del privato in forza di provvedimenti e atti della procedura espropriativa, compresi quelli contenenti la dichiarazione di p.u., nulli anche per difetto assoluto di attribuzione.

Quanto detto in ordine al difetto assoluto di attribuzione, vale a maggior ragione con riguardo alla mancanza degli elementi essenziali del provvedimento e dell'atto amministrativo e degli altri casi previsti dalla legge, perché, in queste ipotesi, comunque, è ravvisabile l'esercizio di un potere cui è possibile

---

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2020, n. 8516, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>67</sup> Cass. civ., sez. un., 05 settembre 2022, n. 26033, cit.

collegare il comportamento occupatorio posto in essere dalla P.a., con conseguente giurisdizione esclusiva del G.a.

## **B) LA C.D. LESIONE DELL’AFFIDAMENTO.**

Senza poter, in questa sede, approfondire la tematica in questione, occorre, d'altronde, dar conto del contrasto esistente tra la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la giurisprudenza amministrativa, in merito alle controversie relative alla lesione dell'affidamento del privato in caso di annullamento, in autotutela o giudiziale, di provvedimento illegittimo favorevole<sup>68</sup>. In disparte ogni considerazione in ordine all'ammissibilità e ai presupposti per la tutela di un affidamento del privato nelle fattispecie in questione, interessa, ai fini del presente lavoro, soffermarsi sul riparto di giurisdizione.

Con tre note pronunce coeve, nel 2011, la Corte di cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative al risarcimento dei danni provocati dall'annullamento giurisdizionale o in autotutela di un precedente provvedimento favorevole<sup>69</sup>.

Alla base delle suddette pronunce è stata decisiva la considerazione che i privati che avevano instaurato i relativi giudizi non mettevano in discussione l'illegittimità degli atti amministrativi, ampliati della loro sfera giuridica, annullati in via di autotutela o *ope judicis*, ma lamentavano la lesione del loro affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedevano il risarcimento dei danni da loro subiti per aver orientato le proprie scelte negoziali o imprenditoriali confidando, fino all'annullamento di tali atti, nella relativa legittimità. L'esigenza di ottenere il risarcimento era, quindi, derivata non dall'emanazione di un provvedimento (anzi favorevole per la stessa parte che agiva in giudizio), ma dall'affidamento da esso ingenerato.

La Corte ha affermato, quindi, che l'atto annullato non rileva più “come provvedimento” ma soltanto come “mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio”, la lesione derivando esclusivamente dal mancato rispetto di ordinari doveri di comportamento, quali la “perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza”.

---

<sup>68</sup> In tema, tra gli altri, E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, dir. proc. amm., 3, 2022, 663, commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20.

<sup>69</sup> Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, in Foro it., 9/2011, 2387, con nota di A. TRAVI, 2398 ss.: le Sezioni Unite hanno ritenuto rientrate nella giurisdizione del giudice ordinario: a) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (sent. n. 6594/2011); 2) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata (sent. n. 6595/11); 3) la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione (definitiva) in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo (sent. n. 6596/11). Per ulteriori approfondimenti sulle pronunce, M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, Dir. proc. amm., 2011, 896 ss.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Consiglio di Stato, Ad. Plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU. 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in Federalismi.it, 7/2011; G.D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in Giur. it., 2012, 194 ss.

La situazione vantata dal privato, quindi, sarebbe qualificabile in termini di diritto soggettivo perfetto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario<sup>70</sup> secondo il tradizionale criterio di riparto rappresentato dalla *causa petendi*.<sup>71</sup>

Successivamente, la Cassazione ha precisato che la situazione giuridica lesa debba identificarsi nell'“affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione”, ribadendo per il resto quanto già affermato nelle pronunce del 2011, non venendo in gioco alcuna situazione di interesse legittimo, la controversia riguardando soltanto una condotta illecita non riconducibile all'esercizio di un potere propriamente inteso<sup>72</sup>.

L'orientamento prevalente della Cassazione<sup>73</sup> propende, dunque, per la giurisdizione ordinaria e si giustifica per la non riconducibilità della condotta lesiva all'esercizio del potere e per la qualificazione come diritto soggettivo della situazione giuridica lesa<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22435.

<sup>71</sup> I principi predetti sono stati confermati successivamente da Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in Dir. proc. amm., 2, 2016, 564, con nota di C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, la quale, ha ritenuto la controversia inerente una condotta illecita dell'amministrazione estranea all'esercizio del potere e lesiva della integrità del patrimonio del privato.

<sup>72</sup> Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in Guida al dir., 2020, 30, 62, relativa ad una controversia nella quale il ricorrente lamentava il comportamento ondivago e incoerente dell'amministrazione, che aveva protratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo il privato a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa, per poi alla fine non rilasciare il provvedimento. Secondo la Corte la fattispecie non concerneva la violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì la violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione, regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità del tipo contrattuale. Per approfondimenti sulla pronuncia, G. TROPEA - A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del giudice ordinario*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 15 maggio 2020; G.D. COMPORI, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in Giur. it., 2020, 2530 ss.

<sup>73</sup> Si veda anche Cass. civ., sez. un., 11 maggio 2021, n. 12428, in Foro it. 2021, 9, I, 2770, la quale ha chiarito cosa debba intendersi per comportamento della P.A., soggetto alla normativa civilistica di correttezza: a) esso corrisponde "a quell'area in cui l'Amministrazione dismette i panni dell'autorità, o perché manchi una norma attributiva del potere, come nel caso del tempo del procedimento – della l. n. 241 del 1990, art. 2 *bis*, comma 1, (risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento) - o perché la stessa Amministrazione assuma una condotta che acquista rilevanza al di là del regime degli atti formali del procedimento amministrativo, entrando in un'area disciplinata dal diritto comune"; b) la responsabilità relativa della P.A. "non è da procedimento, che resta regola dell'azione di un'autorità che esercita un potere, ma da comportamento", indipendente quindi da una violazione procedimentale, tanto che "potrebbe aversi un comportamento in violazione della regola di responsabilità civile nonostante la validità dell'atto sul piano del diritto pubblico"; c) deve pertanto "intervenire un *quid pluris* rispetto alla mera inerzia o alla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo", l'Amministrazione deve avere "dismesso i panni dell'autorità che agisce sulla base di norme di azione per avere assunto dei comportamenti, formali ed informali, eccedenti il significato dell'esercizio fisiologico della funzione amministrativa, entrando così in una sfera suscettibile di essere apprezzata, alla luce della normativa di correttezza, alla stregua di un comune rapporto paritario", deve avere posto in essere un comportamento "che abbia indotto il privato a non promuovere le iniziative a tutela del proprio interesse legittimo pretensivo ed a confidare ragionevolmente sul soddisfacimento della sua aspettativa", non essendo sufficiente "la mera inerzia, suscettibile di essere compulsata nelle forme previste dall'ordinamento, la quale potrebbe pure risultare legittima all'esito dell'eventuale esercizio degli strumenti di tutela, ma contegni positivi, formali ed informali".

<sup>74</sup> In senso contrario sembra d'altronde porsi Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454, in Foro amm., 2017, 7-08, 1515, la quale, con riguardo ad un'ipotesi di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di una gara pubblica, accertata la legittimità dell'annullamento d'ufficio, ha concluso per la giurisdizione amministrativa, assumendo che "quando il ristoro è concretamente fondato sulla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa appaltatrice da un atto rivelatosi illegittimo e annullato in autotutela, ci si duole del pregiudizio derivante dall'illegittimo esercizio di un

Di tutt'altro avviso la giurisprudenza amministrativa, che, in particolare, ha messo in luce come nella fattispecie in discorso non si abbia un "mero" comportamento, la condotta della pubblica amministrazione essendo riconducibile mediamente all'esercizio del potere, poiché il privato ha consolidato il proprio affidamento circa la validità del primo provvedimento, ossia di un atto emanato dall'amministrazione *iure imperii*, nell'esercizio di una attività provvedimentale.

In particolare, è recentemente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia 29 novembre 2021 n. 20<sup>75</sup>, la quale ha affermato la giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie relative ai danni cagionati in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale di un precedente provvedimento favorevole, sulla scorta di un duplice profondo "solco" interpretativo: in primo luogo, l'affidamento implementa la protezione delle situazioni giuridiche dedotte nel rapporto, siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi, ma non assume la consistenza di una posizione giuridica autonoma rispetto al diritto soggettivo o all'interesse legittimo, proprio in quanto "contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive; in secondo luogo, la violazione dell'affidamento lederebbe una situazione giuridica (le "aspettative correlate a interessi legittimi concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo" o, più chiaramente, un "legittimo interesse alla conservazione" del provvedimento favorevole "rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente" ovvero al "potere di autotutela" dell'amministrazione) strettamente connessa con l'esercizio del potere, la cui natura resterebbe "qualificata dall'inerenza al pubblico potere"; quindi, la controversia sui danni derivanti dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole è riconducibile all'esercizio del potere, assumendo che, "quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi" ma sia "rimasto a livello di comportamento", l'operato dell'amministrazione "costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura".

Precisamente, secondo l'Adunanza Plenaria, "la fiducia su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già a un comportamento privato o materiale — a un mero comportamento — ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo". E ciò — sottolinea la pronuncia — sia che "si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente" sia che "si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiato dal medesimo provvedimento"<sup>76</sup>.

---

potere amministrativo solo apparentemente favorevole al privato, ma che ridonda alla fine in senso sfavorevole ad esso".

<sup>75</sup> In [giustiziainsieme.it](https://giustiziainsieme.it), 31 dicembre 2021, con commento di C. NAPOLITANO, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia; per un commento alla decisione*; si veda anche E. ZAMPETTI, *Annullamento giurisdizionale di provvedimento favorevole e giurisdizione del giudice amministrativo*, Dir. proc. amm., 3, 2022, 663.

<sup>76</sup> L'Adunanza Plenaria ha evidenziato, in particolare, che: a) rispetto alla dicotomia interessi legittimi-diritti soggettivi, l'affidamento "non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi", trattandosi di un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata; b) nell'ambito del diritto amministrativo, esso "è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività" ovvero l'"aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato", che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima; c) la giurisdizione amministrativa va affermata quando l'affidamento abbia, per l'appunto, ad oggetto "la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva" perché la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce

Infine, con una recentissima decisione, la Corte di Cassazione<sup>77</sup>, nel confermare il predetto orientamento ha altresì confutato i rilievi dell'Adunanza plenaria, sottolineando, tra l'altro, che « l'oggetto del giudizio di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato nella legittimità di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica che sia stato annullato, in autotutela o dal giudice amministrativo, non è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento poi annullato, né è il modo in cui l'amministrazione ha esercitato il proprio potere con il provvedimento di annullamento del primo (ove l'annullamento sia avvenuto in autotutela e non in sede giurisdizionale). L'illegittimità del provvedimento annullato (e la legittimità dell'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela) costituiscono, infatti, presupposti della lite, che restano all'esterno del perimetro della regiudicanda. L'oggetto del suddetto giudizio, invece, è il modo in cui l'amministrazione - nonché, va aggiunto, lo stesso privato destinatario del provvedimento - hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti. Tali regole, ricorda la stessa sentenza 20/2021 (p. 13), operano su piani distinti rispetto alle regole di legittimità amministrativa, "uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro fonte invece di responsabilità per l'amministrazione. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi, anche per violazione dei connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento"».

È stato precisato<sup>78</sup> che la responsabilità della pubblica amministrazione per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa - avente quale presupposto il mancato rispetto dei doveri di correttezza e buona fede gravanti sulla P.A. - ha natura contrattuale e va inquadrata nello schema della responsabilità "relazionale" (o "da contatto sociale qualificato", idoneo a produrre

---

"non già ad un comportamento privato o materiale - a un "mero comportamento" ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo"; d) la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario solo a fronte di comportamenti "meri", non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo, non anche là dove si agisca per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, che non può essere "degradato a mero fatto"; e) non è possibile, nel definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri di correttezza e buona fede al "diritto comune", dal momento che gli stessi sono ormai, invece, propri sia del diritto civile sia del diritto amministrativo (richiamandosi la regola, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ai sensi dell'art. 97 Cost., comma 2, dettata, ora, alla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 2 *bis*, ("i) rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"), comma aggiunto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, art. 12, comma 1, lett. a), recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito, con modificazioni, con l. 11 settembre 2020, n. 120), ovverosia tanto ai rapporti paritetici di diritto soggettivo quanto a quelli originati dall'esistenza e dall'esercizio in concreto del pubblico potere, e quindi "la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere".

<sup>77</sup> Cass. civ., sez. un., 24 gennaio 2023, n.2175, in Giust. civ. mass., 2023.

<sup>78</sup> Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2023, n. 1567, in Giust. civ. mass., 2023, che ha confermato la pronuncia di accoglimento della domanda risarcitoria avanzata da una società che - senza allegare l'illegittimità degli atti amministrativi, né affermare la riconducibilità a tali provvedimenti del pregiudizio subito - aveva lamentato la lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità della delibera, poi annullata, con cui l'amministrazione comunale aveva approvato il Piano di Governo del Territorio includendo i terreni di proprietà della società, aventi destinazione agricola, nell'ambito di trasformazione denominato TR1, nonché la scorrettezza della condotta della P.A. che, nonostante l'impugnazione del provvedimento, aveva ingenerato un affidamento incolpevole, insistendo per l'attuazione dell'intervento programmato, fornendo rassicurazioni sulla sua legittimità ed escludendo la necessità di approfondimenti istruttori.

obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c.), sia nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, sia in caso di emanazione di un provvedimento lesivo, sia nell'ipotesi di emissione e successivo annullamento di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato; ne consegue che la controversia relativa all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

### **C) LA RESPONSABILITÀ C.D. "PRECONTRATTUALE" NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA.**

In materia di c.d. "responsabilità precontrattuale" per comportamenti scorretti tenuti dalla P.a. nel corso del procedimento di evidenza pubblica ovvero nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, si registra un primo gruppo di decisioni della Suprema Corte che, interpretando sistematicamente la previsione della giurisdizione esclusiva dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, affermano che, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione, spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, nella fase successiva afferente l'esecuzione del rapporto<sup>79</sup>.

Un altro gruppo di pronunce, invece, interpretando restrittivamente l'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, escludono dal suo ambito di applicazione i comportamenti e gli atti che si collocano nella c.d. fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, reputando che, in tale fase, il riparto di giurisdizione vada effettuato secondo la regola generale fissata dall'art. 7 c.p.a., commi 1 e 4 e attribuendo quindi alla cognizione del giudice amministrativo soltanto le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi<sup>80</sup>.

In particolare, le Sezioni Unite, con ordinanza 17 giugno 2021, n. 17329, hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla domanda risarcitoria della stazione appaltante conseguente alla violazione dell'obbligo di rinnovare la polizza fideiussoria scaduta prima dell'aggiudicazione definitiva e della stipulazione del contratto, in una fase definita "prodromica a quella amministrativa o *latu sensu* precontrattuale", in quanto solo "occasionata dalla procedura di evidenza pubblica".

---

<sup>79</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., ord. 8 luglio 2015, n. 14188, in Foro amm., 2015, 9, 2203, che ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, in un caso di mancata stipulazione del contratto imputabile al privato.

<sup>80</sup> Cass. civ., sez. un., ord., 4 luglio 2017, n. 16419, in Guida al dir., 2017, 39, 48 e id., 17 dicembre 2020, n. 28979, id., 2021, 10, che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in controversie risarcitorie introdotte rispettivamente dalla pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale del privato affidatario, "per condotte fraudolente che avevano cagionato grave ritardo nell'affidamento definitivo e nell'esecuzione dei lavori", e da quest'ultimo per responsabilità della P.A. per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità degli atti di gara, poi revocati o annullati; Cass. civ., sez. un., 22 giugno 2017, n. 15640, in Guida al dir., 2017, 39, 48, con la quale si è affermato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai danni subiti dall'aggiudicatario in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva da parte del giudice amministrativo; Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, in Giust. civ. mass., 2018, che ha ritenuto vertente in materia di diritti soggettivi, quindi rientrante nella giurisdizione ordinaria, la controversia avente ad oggetto un provvedimento di "decadenza dall'aggiudicazione" adottato dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione definitiva, momento questo conclusivo del procedimento amministrativo finalizzato all'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza del d. lgs. n. 163 del 2006, e prima della stipulazione del contratto, in quanto intervenuto in relazione ad "un'anticipata esecuzione del contratto", in assenza di poteri autoritativi, affermando sussistere, invece, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella fase antecedente, dall'avvio della procedura di affidamento dei lavori sino all'adozione dell'aggiudicazione definitiva efficace.

Si tratta di un indirizzo che intende superare la diversa ricostruzione dei rapporti tra le giurisdizioni in materia di pubblici appalti in passato seguita in via prevalente dalla stessa Corte di Cassazione. Invero, era prevalso un modello ricostruttivo della fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, considerata a valenza "pubblicistica", in termini tali da ricomprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie risarcitorie da responsabilità, appunto, precontrattuale in materia di appalti pubblici<sup>81</sup>.

Il nuovo indirizzo espresso dalle Sezioni Unite concerne proprio gli atti e i comportamenti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue l'aggiudicazione e precede il contratto.

La giurisprudenza amministrativa, invece, prevalentemente ha affermato rientrare nella previsione dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, sia le controversie che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque ancora la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi, sia le controversie risarcitorie, in relazione ad "atti o comportamenti", anche se concernono ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A., originate da violazione delle regole di correttezza e buona fede e dalla lesione del legittimo affidamento del privato, ovvero ipotesi di c.d. responsabilità precontrattuale di quest'ultimo quando la mancata stipulazione del contratto sia imputabile al privato aggiudicatario. Si afferma la giurisdizione esclusiva, estesa quindi anche a posizioni di diritto soggettivo, in quanto anche tale sub-fase (quella tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto di appalto) ha carattere pubblicistico, essendo "ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante"<sup>82</sup>. Come il giudice amministrativo "conosce dei provvedimenti amministrativi successivi all'aggiudicazione, costituenti un proseguimento della fase pubblicistica della procedura (adottati in funzione di revisione o di riesame in autotutela ovvero di verifica della correttezza dell'aggiudicazione e dell'affidabilità dell'aggiudicatario funzionale alla stipulazione del contratto), la sua giurisdizione esclusiva include le controversie risarcitorie (attinenti indifferentemente alla lesione di diritti soggettivi o di interessi legittimi), la cui instaurazione trova fondamento e ragion d'essere nell'adozione o nella caducazione di detti atti".

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>83</sup>, d'altronde, in una controversia in materia di contratti pubblici, hanno affermato che «il tradimento della fiducia riposta dall'impresa nella condotta amministrativa, per effetto dell'inerzia dell'Ente locale, protratta negli anni e accompagnata da positive rassicurazioni circa la positiva definizione della procedura con l'aggiudicazione definitiva, non si traduce nella doglianza circa l'illegittimità per violazione delle regole di diritto pubblico nel provvedere da parte dell'Autorità, ma dà vita ad una responsabilità patrimoniale da "contatto qualificato" che sfugge alla giurisdizione del giudice amministrativo»<sup>84</sup>. Vero che tale asserita inerzia ingiustificata ha riguardato un'impresa aggiudicataria, in

---

<sup>81</sup>Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454, in Giust. civ. mass., 2017, che richiama altri precedenti che fecero quell'affermazione, reputata espressione di un "vasto orientamento delle Sezioni Unite in materia di appalti pubblici.

<sup>82</sup> Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>83</sup> Cass. civ., sez. un., 29 aprile 2022, n. 13595, in Giust. civ. mass., 2022.

<sup>84</sup> La Corte ha accertato come fosse stata invocata, a sostegno della pretesa risarcitoria, la lesione dell'affidamento, che si assume incolpevole, per effetto, non dello scorretto esercizio del potere, ma del comportamento amministrativo sleale e, quindi, la lesione di una posizione giuridica di diritto soggettivo. Ci si duole, dunque, non dell'illegittimità del potere amministrativo per violazione delle regole di diritto pubblico che ne disciplinano l'esercizio ma della violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare anche il comportamento dell'amministrazione. Non era stato, cioè, invocato l'art. 2 bis, comma 1, l. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 120 del 2020, che rappresenta un danno da comportamento scorretto (il ritardo), nello svolgimento dell'attività autoritativa, lesivo di un diritto soggettivo (la libertà di autodeterminazione negoziale) e che rientra oggi nella previsione dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. a), n. 1, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice

via provvisoria, di un'importante commessa relativa a lavori pubblici e quindi si colloca all'interno di una procedura di evidenza pubblica, ma va ribadito che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre "che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione" e "che la *causa petendi* si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo". Quindi, anche in relazione alla fase procedimentale - in cui la Pubblica Amministrazione agisce secondo regole di rilievo pubblicistico (norme di azione) può essere dedotta, a fondamento di una domanda risarcitoria, la responsabilità (precontrattuale o contrattuale o da contatto qualificato) della Pubblica Amministrazione non da provvedimento, ma da comportamento, per violazione dei doveri di correttezza e buona fede (norme di relazione), là dove non si contesti la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica, ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione.

#### **D) COMPORAMENTI E ACCORDI PRIVATISTICI "OCCASIONATI" DALLA PROCEDURA ESPROPRIATIVA.**

Nel "solco" del criterio dell'occasionalità si pone altresì una recente pronuncia della Corte di Cassazione<sup>85</sup>, che si è espressa sul riparto di giurisdizione in una fattispecie inerente a una domanda risarcitoria correlata all'inadempimento di un accordo di permuta privatistico intervenuto nell'alveo di una procedura espropriativa, affermando la giurisdizione del giudice ordinario.

Secondo la Corte, ove gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti della pubblica amministrazione in materia di espropriazione siano riconducibili al potere ablativo della P.A., anche solo in via mediata, il criterio discretivo derivante dalla natura della posizione soggettiva lesa cede rispetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ai fini della riconducibilità della condotta del soggetto pubblico al pregresso esercizio del potere espropriativo, in via di derivazione in senso causale, ai fini dell'attrazione nella giurisdizione esclusiva, occorre che il comportamento cui si ascrive la lesione sia la conseguenza d'un assetto d'interessi conformato da un originario provvedimento ablativo, legittimo o illegittimo, ma comunque espressione d'un potere amministrativo (in concreto) esistente, che abbia reso possibile la condotta successiva.

In altri termini, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica ed edilizia presuppone che il comportamento della P.A. non sia semplicemente "occasionato" dall'esercizio del potere, ma si traduca, in virtù della norma attributiva, in una sua manifestazione diretta e ciò risulti necessario in relazione all'oggetto del potere e al risultato da perseguire<sup>86</sup>.

Nel caso di specie, le Sezioni Unite hanno sottolineato come la contestata attività di demolizione/costruzione, non era stata posta in essere nell'ambito di quelle attività indispensabili ai fini della procedura espropriativa e sulle unità immobiliari espressamente rese oggetto di questa, ma in esecuzione parziale di un complessivo accordo, preliminare secondo la prospettazione dell'attrice, di permuta, che doveva sostituire, secondo le intenzioni delle parti, l'indennità di espropriazione, contemplando la consegna dell'area e dei locali di proprietà dell'attrice necessari per l'esecuzione dell'opera pubblica, la demolizione di una parte del lastrico solare posto a copertura dell'edificio, sempre di

---

amministrativo le controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

<sup>85</sup> Cass. civ., sez. un, 02 novembre 2022, n. 32324, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2022, con nota di E. MANZO, *Espropriazione di pubblica utilità: spetta al giudice ordinario la controversia sulla parziale esecuzione di un accordo di permuta privatistico*.

<sup>86</sup> Cass. civ., sez. un., n. 5790 del 2018, cit..

proprietà dell'attrice, la costruzione di nuovi manufatti su area retrostante, e la cessione in permuta al privato di altri immobili di identico valore.

Secondo la Corte, quindi, la controversia non attiene tanto alla formazione dell'accordo sostitutivo dell'indennità di espropriazione in sé, quanto all'illiceità della condotta di demolizione/ricostruzione posta in essere dalla P.A. in parziale esecuzione di un accordo di permuta privatistico, che veniva concluso a seguito e "a latere" dell'avvio di una procedura espropriativa, all'uopo sospesa e successivamente divenuta inefficace per scadenza del termine di legge della dichiarazione di pubblica utilità.

Il *petitum* sostanziale concerne, quindi, una domanda risarcitoria correlata all'inadempimento dell'accordo preliminare di permuta, nella stessa prospettazione attorea, oltre che una domanda di rispetto della distanza minima di legge tra fabbricati, che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Come si evince da quanto precede, le Sezioni Unite hanno ribadito l'orientamento secondo il quale il collegamento con il "potere" non può essere inteso in termini di mera occasionalità, "giacché ciò che è occasionale è certamente spiegabile sul piano deterministico come giustificato da qualcosa d'altro, ma per ciò solo, almeno secondo un lessico normativo, non può dirsi riconducibile ad esso. Se il legislatore avesse voluto alludere semplicemente all'essere stato il comportamento occasionato dall'esercizio del potere avrebbe fatto riferimento al comportamento tenuto nell'esercizio del potere".

La riconducibilità della condotta del soggetto pubblico al pregresso esercizio del potere espropriativo, ai fini della conseguente attrazione nella giurisdizione esclusiva del G.A., necessita invece di un *quid pluris*: occorre che il comportamento cui si ascrive la lesione sia la conseguenza d'un assetto d'interessi conformato da un originario provvedimento ablativo, legittimo o illegittimo, ma comunque espressione d'un potere amministrativo (in concreto) esistente, che abbia reso possibile la condotta successiva.

In altri termini la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo presuppone che il comportamento della P.A. non sia semplicemente "occasionato" dall'esercizio del potere, ma si traduca, in virtù della norma attributiva, in una sua manifestazione diretta e ciò risulti necessario in relazione all'oggetto del potere e al risultato da perseguire<sup>87</sup>.

Si conferma un approccio "restrittivo" alla nozione di "riconducibilità". In particolare, non è a tal fine sufficiente un mero nesso di "occasionalità" tra comportamento materiale e potere pubblico, dovendosi il comportamento della P.A. ricollegare in senso propriamente "causale" ad un originario provvedimento ablativo. La pronuncia ribadisce il principio secondo cui la domanda di risarcimento danni può essere conosciuta dal giudice amministrativo a condizione che il comportamento materiale che abbia generato la lesione sia causalmente legato all'esercizio del pubblico potere da parte dell'Amministrazione. Pertanto, se tra il pregresso esercizio del potere e la condotta materiale intercorre un ulteriore assorbente fattore, non risulta integrato il presupposto della relazione "mediata" con l'esercizio del potere, sicché non può sussistere la giurisdizione esclusiva del G.A.

## **E) I COMPORTAMENTI OCCUPATORI: OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E USURPATIVA.**

Venendo, quindi, alla fattispecie principale, sotto il profilo casistico, nell'ambito dei comportamenti della P.a. in materia espropriativa, trattiamo ora del *genus* delle occupazioni illegittime<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Cass. civ., sez. un., n. 5790 del 2018, cit..

<sup>88</sup> In materia, tra gli altri, E. GIARDINA, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico nella recente giurisprudenza*, in Giorn. dir. amm., 2021, 669 ss.; A. MUTARRELI, *Le sezioni unite chiamate a ricomporre il puzzle del* 30

Per “occupazione illegittima o abusiva” si intende qualunque situazione originaria (apprensione del bene diretta da parte della P.A. senza alcuna previa attivazione di procedure ablatorie) o sopravvenuta (a seguito di declaratoria di illegittimità di procedure espropriative, ovvero di inefficacia delle stesse) di acquisizione della disponibilità materiale di immobili da parte della mano pubblica (nel passato tali situazioni erano definite come vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva, accessione invertita ecc.)<sup>89</sup>.

Si tratta di fattispecie che integrano ipotesi di illecito permanente ex art. 2043 c.c., in ogni caso idonee a consentire alla P.a. di acquisire *ipso facto* ed immediatamente diritti sul bene oggetto di occupazione abusiva e consentono al privato leso di esperire azioni restitutorie<sup>90</sup> e di revindicare, nonché risarcitorie<sup>91</sup> ;

Come sottolineato anche in giurisprudenza<sup>92</sup>, le situazioni di fatto in cui un bene immobile è stato oggetto di una procedura ablatoria illegittima e in costanza della stessa è stato trasformato oppure è stato sottratto a seguito di un'attività materiale di occupazione e trasformazione posta in essere dal soggetto pubblico sono state ricondotte, rispettivamente, all'occupazione acquisitiva<sup>93</sup> e all'occupazione usurpativa<sup>94</sup>, due istituti di origine pretoria.

La c.d. occupazione acquisitiva o appropriativa<sup>95</sup>, tramite un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui all'art. 936 c.c.<sup>96</sup>, era collegata alla “radicale trasformazione del fondo”<sup>97</sup>, in quanto

---

*risarcimento danni da illegittima occupazione in tema di acquisizione sanante*, in Rass. avv. Stato, 2020, 4, 47 ss.; M. CONTICELLI, *L'acquisizione sanante, voce del Digesto, discipline pubblicistiche*, VII aggiornamento, Torino, 2017, 1 ss.; V.P. MINNITI, *L'espropriazione in sanatoria tra illegittimità costituzionale e prospettive di tutela*, in G. Cassano (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, Padova, 2011, I, 131 ss.; M. MORELLI-M. BORGHI, *L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della pubblica amministrazione. Espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativi*, Milano, 2012; W. GASPARRI, *“Il punto logico di partenza”. Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2004; F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996.

<sup>89</sup> L. MONTEFERRANTE – V. POLI – A. VERRICO, *L'occupazione abusiva di immobili da parte della Pubblica Amministrazione*, agg. 2022, a cura di V.Poli, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>90</sup> La restituzione del bene viene intesa quale prioritario strumento di ripristino della legalità violata e di soddisfazione dell'interesse sostanziale del titolare (Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2019, n. 29466, in Guida al dir., 2020, 12, 52); tuttavia, sia la domanda restitutoria (intesa quale azione reale petitoria e reipersecutoria, ex art. 948 c.c.), sia la domanda di risarcimento del danno in forma specifica (intesa quale azione personale e obbligatoria, ex art. 2058 c.c., attraverso cui ottenere la rimessione in pristino e la restituzione), sia quella proposta ex artt. 31 e 117 c.p.a. (avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sulla istanza di provvedere ex art. 42 *bis* Tresp), sono precluse (alle parti e ai loro eredi o aventi causa) dal giudicato formatosi su una sentenza che abbia accertato il perfezionamento della fattispecie della occupazione acquisitiva (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2021); affinché si verifichi tale effetto preclusivo, è sufficiente che dall'interpretazione del giudicato si possa enucleare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie dell'occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto.

<sup>91</sup> Entro il termine di prescrizione quinquennale decorrente: a) dalla proposizione della domanda avente come *causa petendi* l'occupazione abusiva (risarcitoria per equivalente della perdita della proprietà sostanziale); b) dalla singola annualità, per la domanda risarcitoria per equivalente della perdita del godimento con la conseguenza che la prescrizione estingue il diritto al risarcimento da mancato godimento del bene, per gli anni precedenti al quinquennio antecedente la messa in mora.

<sup>92</sup> Cass. civ., sez. III, 11 dicembre 2020, n. 28297, in Giust. civ. mass., 2021.

<sup>93</sup> Cass. civ., Sez. un., 26 febbraio 1983 n. 1464, in Foro it., 1983, I, 626, con nota di R. ORIANI; in Giur. it., 1983, I, 1, 1629; con nota di M. ANNUNZIATA *Un nuovo modo di acquisto (pubblico) della proprietà: la costruzione di opera pubblica come accessione invertita*, in Giust. civ., 1983, I, 707.

<sup>94</sup> Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000 n. 1814, in Foro it., 2000, I, 1857, con nota di S. SALVAGO, *L'occupazione usurpativa non può essere espropriazione*.

<sup>95</sup> Per quanto l'operatività del principio dell'accessione invertita fosse già stata affermata, ad es., da Cass. civ., sez. I, 8 giugno 1979 n. 3243, in Giust. civ., 1979, I, 1629, la decisione delle Sezioni Unite 26 febbraio 1983, n. 1464, cit.,

manifestazione univoca della irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica<sup>98</sup>: ciò comportava l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente e dava vita ad un illecito istantaneo, sia pure con effetti permanenti, che legittimava il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo, la condanna dell'ente pubblico a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà; in seguito venne chiarito<sup>99</sup> che mentre sono tassativi i modi di acquisto della proprietà, non lo sono quelli relativi alla perdita, "tra i quali deve annoverarsi in primo luogo la perdita del diritto causata dal venir meno del suo oggetto, e cioè del bene di cui l'ordinamento riconosce e protegge l'appartenenza soggettiva in ragione dell'interesse economico-sociale che la sua utilizzazione può soddisfare".

Il secondo istituto, i cui contorni già cominciavano a delinarsi nelle pronunce che fissavano i presupposti per la ricorrenza dell'occupazione appropriativa - necessità di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e della realizzazione dell'opera medesima, inserimento tra questi due poli di un'attività esecutiva manipolatrice del bene altrui<sup>100</sup> - può dirsi essere stato formalmente e definitivamente riconosciuto dalla Corte di Cassazione in una sentenza del 2000<sup>101</sup>, che ha sottolineato come, mentre la presenza di una dichiarazione di pubblica utilità, pur implicita, consente di ricondurre l'accessione invertita nell'ambito del fenomeno ablatorio in senso lato di cui all'art. 42 Cost., qualora la dichiarazione manchi, *ab initio* o successivamente per effetto di annullamento, difetta quel "*principale momento di collegamento fra l'astratta configurazione legislativa del potere ablativo e la concreta possibilità del suo nascere*", assolvendo essa alla fondamentale funzione di creare per i beni su cui incide un vincolo di indisponibilità e di porre l'Amministrazione espropriante in grado di svolgere il procedimento ablativo.

Ciò implicava che, in assenza di una dichiarazione di pubblica utilità, pur implicita, o del suo tempestivo intervento, la semplice trasformazione, anche se irreversibile, del bene immobile non fosse sufficiente ad

---

costituisce la definitiva affermazione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, così G. MARI *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in Riv. Giur. Ed., fasc.01-02, 2016, 69.

<sup>96</sup> In assenza di una specifica previsione normativa al riguardo, si è fatto ricorso ai principi generali dell'ordinamento e, in particolare, a un'inversione della fattispecie civilistica dell'accessione di cui all'art. 936 c.c.: dalla disciplina codicistica dell'accessione veniva dedotto il principio generale secondo cui la regola per la composizione del conflitto tra il diritto dell'autore dell'opera *invito domino* e il diritto di quest'ultimo consiste nell'attribuire la proprietà del nuovo compendio (costituito dal suolo e dalla costruzione), al portatore dell'interesse ritenuto prevalente, "*secondo una valutazione d'ordine economico-sociale correlata al livello di sviluppo della società civile*", *Ex multis*, Cass. civ., sez. II, 4 giugno 1991 n. 6322, Riv. giur. ed., 1992, I, 80; Id., 5 maggio 1995 n. 4913, in Giust. civ. mass., 1995, 946.

<sup>97</sup> L'estinzione del diritto di proprietà, con la correlata nascita del diritto al risarcimento del danno, si verificava nel momento dell'irreversibile trasformazione, oppure, qualora tale trasformazione fosse avvenuta nel periodo di occupazione legittima non seguito da decreto di esproprio, nel momento in cui tale periodo veniva a scadenza, essendo consentite nel periodo di legittimo possesso le attività sul suolo del privato.

<sup>98</sup> Si doveva trattare, per l'appunto, di un'opera destinata alla cura di un interesse della collettività. È questo un profilo di particolare rilevanza nella ricostruzione dell'istituto e che è valso poi a distinguerlo dalle diverse ipotesi in cui il collegamento tra interesse pubblico e opera realizzata non fosse stato preventivamente accertato e valutato tramite una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera realizzanda.

<sup>99</sup> Cass. civ., sez. un., 10 giugno 1988, n. 3940, in Foro it., 1988, I, 2262.

<sup>100</sup> Già Cass. civ., sez. un., 10 giugno 1988 n. 3490, cit., aveva sottolineato la necessità della preventiva dichiarazione di pubblica utilità, chiarendo un limite all'operatività dell'istituto dell'occupazione appropriativa, considerato, testualmente, come un «fenomeno specifico, caratterizzato quale suo indefettibile punto di partenza da una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e quale suo indefettibile punto di arrivo dalla realizzazione dell'opera medesima; nonché dall'inserimento tra questi due poli, di un'attività esecutiva manipolatrice del bene altrui nella sua fisionomia materiale e posta in essere in deviazione dal modello di comportamento dettato dalle leggi in materia».

<sup>101</sup> Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814, cit..

attrarlo alla disciplina giuridica dei beni pubblici, ma, tenendo comunque conto del sacrificio del privato, determinava le seguenti conseguenze giuridiche: a) veniva in rilievo un illecito permanente; b) persisteva il diritto di proprietà del bene del privato e, quindi, erano esperibili le azioni di restituzione (salva la rinuncia abdicativa); c) l'azione non era soggetta ad alcun termine prescrizione; d) ove si fosse optato per la tutela risarcitoria per equivalente, il risarcimento sarebbe stato integrale.

Pertanto, all'origine, quando cioè l'ordinamento contemplava l'istituto della c.d. accessione invertita, la distinzione tra le due categorie rilevava già sul piano "sostanziale", perché solo nel caso di occupazione appropriativa o acquisitiva si poteva verificare l'acquisto della proprietà da parte della P.a.<sup>102</sup>.

Nel distinguere tra occupazione appropriativa<sup>103</sup> ed espropriativa<sup>104</sup>, si riteneva che la prima presupponesse una valida e perdurante dichiarazione di pubblica utilità, provvedimento che, in quanto esplicitazione di pubblico potere, manifestava la spendita di potere pubblico da parte della P.a., col che, anche in ragione della giurisdizione esclusiva, rientrava sicuramente nella giurisdizione della G.a.

Diversamente, nel caso della occupazione usurpativa<sup>105</sup>, la Corte di Cassazione vi faceva rientrare sia il caso della mancanza *tout court* della dichiarazione di pubblica utilità (c.d. occupazione usurpativa "pura"), sia il caso che la dichiarazione, originariamente esistente, fosse successivamente annullata o divenuta inefficace per inutile decorso del termine (c.d. occupazione usurpativa "spuria").

Non solo, ma, all'inizio, la giurisprudenza civilistica aveva sostanzialmente equiparato alla mancanza della dichiarazione di p.u. la nullità della stessa, facendo però propria la teoria della c.d. nullità per carenza di potere in concreto, ritenendo, quindi, nulla anche la dichiarazione di pubblica utilità per mancata indicazione dei termini *ex art. 13, l. n. 2359/1865*<sup>106</sup>, relativi al completamento della procedura

---

<sup>102</sup> Come più sopra accennato, la "creazione" dell'istituto dell'occupazione acquisitiva si deve alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 26 febbraio 1983, n. 1464, in Foro it., 1983, I, 626 e in Giur. it., 1983, I, 1, 674, poi meglio argomentata da Cass. civ., sez. un., 10 giugno 1988, n. 3940, cit.: l'istituto si connotava per il fatto che qualora l'amministrazione avesse occupato un fondo in presenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, l'irreversibile trasformazione dell'immobile avrebbe comportato l'acquisto a titolo originario della proprietà del bene in capo alla amministrazione nonostante l'illegittimità dell'occupazione stessa, originaria o sopravvenuta (in quanto il legittimo provvedimento di occupazione d'urgenza perda retroattivamente efficacia per non essere stato tempestivamente emanato il decreto d'esproprio). In questi casi, il comportamento dell'amministrazione veniva ricondotto nell'ambito dell'illiceità *ex art. 2043 c.c.*, avendo l'amministrazione agito senza potere, e, pertanto, al privato spettava il risarcimento del danno per la perdita del suo diritto di proprietà. La Corte di Cassazione, d'altronde, ha escluso dall'ambito di applicazione del suddetto istituto l'ipotesi in cui non fosse presente una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, in tal caso venendo in esame un'ipotesi di c.d. occupazione usurpativa, caratterizzata appunto dall'assenza della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto mai pronunciata, annullata, con effetto *ex tunc*, o divenuta inefficace per inutile decorso dei relativi termini per l'inizio e l'ultimazione dei lavori o per la conclusione del procedimento espropriativo, mediante l'emanazione del decreto di esproprio. L'occupazione usurpativa non comporta alcun acquisto a titolo originario della proprietà del fondo e lascia integra la facoltà del proprietario di agire in via restitutoria, fino a quando non opti, esplicitamente od implicitamente, per la rinuncia al bene ed il conseguimento dell'equivalente in denaro (cfr. da ultimo Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2198, in Giust. civ. mass., 2005, 2).

<sup>103</sup> Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1983 n. 1464, cit..

<sup>104</sup> Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814, in Giust. civ. Mass. 2000, 375; Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2001 n. 4451, in Giust. civ. mass., 2001.

<sup>105</sup> Tanto si verifica in caso di mancanza *ab origine* di una dichiarazione di pubblica utilità, di annullamento o di sopravvenuta inefficacia della stessa per l'inutile decorso dei termini. In sostanza, ciò che distingue l'occupazione usurpativa da quella appropriativa è l'assenza della dichiarazione di pubblica utilità, che comprova la destinazione pubblica dell'opera eseguita e l'esistenza di un interesse pubblico.

<sup>106</sup> Cass. civ., 12 dicembre 2001, n. 15710, in Giust. civ. Mass., 2001, 2140. Sulla funzione svolta dalla dichiarazione di pubblica utilità, in dottrina, A.M. SANDULLI, *Mancaza della dichiarazione di pubblica utilità e potere di espropriazione*, in Giust. civ., 1960, I, 881; R. DAMONTE, *L'espropriazione per pubblica utilità e le garanzie a tutela del privato previste dagli*

espropriativa e all'esecuzione dei lavori e garanzia di concretezza ed attualità delle finalità di interesse generale<sup>107</sup>.

La riconducibilità della concreta occupazione in esame in una delle due fattispecie pretorie sopra ricordate aveva riflessi, prima di tutto, sul riparto di giurisdizione, in quanto, tendenzialmente, la Corte di Cassazione, pur a seguito dell'introduzione degli artt. 34, d.lgs. n. 80 del 1998 e dell'art. 53 Tresp, così come "modellati" dalla Corte Costituzionale, aveva affermato la propria giurisdizione con riguardo a tutte le ipotesi di c.d. occupazione usurpativa sopra ricordate, ammettendo la giurisdizione del G.a. solo nel caso dell'occupazione acquisitiva.

Sul piano sostanziale, la distinzione era certamente rilevante in ragione delle radicalmente differenti conseguenze sostanziali che dalle stesse derivavano, è drasticamente venuta meno, in parte qua, a seguito del già ricordato intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>108</sup> che ha censurato il contrasto dell'istituto dell'accessione invertita con l'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>109</sup>.

Viene, quindi, in esame la violazione del diritto di proprietà e del principio di certezza dei rapporti giuridici in considerazione altresì della violazione del principio di legalità inteso in senso sostanziale e non

---

*artt. 13, l. n. 2359 del 1865 e 1, l. n. 1 del 1978*, in Riv. giur. ed., 1999, II, 91; G. GIACALONE, *L'occupazione illegittima, non assistita da (valida) dichiarazione di pubblica utilità, quale illecito permanente*, in Giust. civ., 1997, I, 1237; G. MORBIDELLI, *Dichiarazione di pubblica utilità*, in Dig. disc. pubbl., Torino, 1990, V, 62; F. CINTIOLI, M.R. SAN GIORGIO, *Proprietà e Costituzione. I principi giurisprudenziali*, Milano, 2002, 75 ss.

<sup>107</sup> Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2014, n. 3661, in Giust. civ. mass., 2014.

<sup>108</sup> Corte Edu, 30 maggio 2000 in causa 31524/96, Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 1086, e in Foro it., 2001, IV, 233, con nota di R. SABATO; id., 30 maggio 2000 in causa 2468/94, Carbonara e Ventura c/Italia, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 1101. I principi espressi da queste sentenze sono stati ulteriormente ribaditi da una serie di pronunce successive: Corte EDU, 15 e 29 luglio 2004, Scordino c. Italia; Id., 19 maggio 2005, Acciardi c. Italia; Id., 15 luglio 2005, Carletta c. Italia; Id., 21 dicembre 2006, De Angelis c. Italia; Id., 6 marzo 2007, Scordino c. Italia; Id., 4 dicembre 2007, Pasculli c. Italia; Corte EDU nella sentenza Sez. II, 25 novembre 2014, ricorso n. 997/05, Maiorano e Serafini c. Italia, Riv. giur. ed., 2015, 325, con nota di M. Comporti, *I vecchi orientamenti della giurisprudenza della Corte E.D.U. ed i nuovi orientamenti della giurisprudenza italiana*, la quale ha affermato che non è compatibile con il principio di legalità e viola, pertanto, il diritto al pacifico godimento dei loro beni di cui all'art. 1 prot. add. n. 1 CEDU il principio dell'espropriazione indiretta che conduce a considerare i proprietari dell'area occupata senza titolo privati della proprietà del loro bene a partire dalla data di realizzazione dell'opera pubblica; in mancanza di un atto formale di espropriazione, questa situazione non può essere considerata "prevedibile", in quanto soltanto con la decisione giudiziaria definitiva si può ritenere applicato il principio dell'espropriazione indiretta e realizzata l'acquisizione del terreno al patrimonio pubblico.

<sup>109</sup> L'art. 1, Protocollo n. 1 CEDU sancisce il diritto al pacifico godimento della proprietà e la garanzia che l'eventuale privazione del possesso avvenga nel rispetto delle regole normativamente fissate, quali principi sulla cui base interpretare lo stesso potere riconosciuto agli Stati contraenti di controllare l'uso della proprietà per la soddisfazione dell'interesse generale. Ponendo alla base delle proprie argomentazioni il principio di legalità, la Corte europea nelle predette sentenze ha chiarito — elaborando principi poi reiteratamente confermati — che la compatibilità tra gli istituti di origine giurisprudenziale sottoposti alla sua attenzione e la citata disposizione convenzionale richiederebbe la sussistenza di una causa di pubblico interesse, il rispetto delle condizioni previste dalla legge e la realizzazione di un giusto equilibrio tra esigenze di carattere generale e salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo. Anche quando l'ingerenza della P.A. nel pacifico godimento di un bene avvenga per soddisfare un pubblico interesse, non è lecito prescindere dal rispetto delle forme e delle condizioni previste dalla legge; l'osservanza del principio di legalità svolge un ruolo tanto primario che la stessa valutazione in ordine all'effettiva attuazione di un "*giusto bilanciamento*" tra interesse pubblico e interesse privato viene intesa come una verifica "*di secondo grado*", da compiere dopo aver previamente accertato che l'interferenza in questione soddisfa le esigenze di legalità e non sia arbitraria, Corte Edu, 30 maggio 2000 in causa 31524/96, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia. A giudizio della Corte EDU il difetto degli elencati corollari del principio di legalità in riferimento agli istituti in questione era dimostrato dalle applicazioni contraddittorie degli stessi operate dalla giurisprudenza nazionale.

meramente formale, quale parametro di qualità della legge, della quale vengono predicati i caratteri della accessibilità, precisione e chiarezza. Dal punto di vista processuale, il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto, implica una tutela giurisdizionale effettiva che non è garantita se si consente all'autorità di trarre beneficio da una situazione illegittima nella quale il proprietario del bene si trova dinanzi al fatto compiuto.

La Corte Europea, con una successiva sentenza del 2007<sup>110</sup>, ha ulteriormente evidenziato come non possa rilevare la differenza tra occupazione appropriativa ed occupazione usurpativa, statuendo che l'illegittimità della pratica dell'espropriazione indiretta, in quanto espone gli interessati ad un risultato imprevedibile ed arbitrario, è tale e permane sia che si tratti di illegittimità sopravvenuta nel corso della procedura, sia che si tratti di illegittimità esistente fin dall'inizio. In tale sentenza la Corte di Strasburgo ha indicato le misure per conformarsi alle sue pronunce in materia: a) evitare occupazioni sino a che non siano stati approvati il progetto e gli atti espropriativi, verificando la copertura finanziaria per procedere a un celere indennizzo; b) abolire gli ostacoli di carattere giuridico che impediscono la restituzione del bene trasformato, in assenza di decreto di esproprio; c) scoraggiare le pratiche non conformi, perseguendo anche i responsabili di tali procedure.

Adeguandosi ai principi elaborati dalla Corte europea, la giurisprudenza nazionale, quindi, ha affermato che nei casi in cui l'occupazione sia avvenuta *sine titulo* o il procedimento espropriativo non sia stato concluso con l'emanazione di un formale e valido provvedimento di acquisto del bene e, ciò nonostante, sia stata realizzata un'opera pubblica, si concretizza un illecito permanente che si perpetra *de die in diem*<sup>111</sup>.

Dal canto suo, il legislatore provvedeva ad inserire nel TUE l'art. 43<sup>112</sup> relativo all'"Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico", avente la funzione di regolarizzare e sanare le procedure ablatorie illegittime nonché di ovviare alla mancanza di una base legale dell'acquisizione alla proprietà pubblica come effetto di occupazione illegittima<sup>113</sup>.

L'art. 43, d'altronde, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Corte Edu, 6 marzo 2007, ricorso n. 43662/98, Causa Scordino c. Italia.

<sup>111</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009 n. 5523, in Riv. giur. edilizia, 2009, I, 1908; Id., 15 settembre 2014 n. 4696, ivi, 2014, I, 1023; Id., 19 marzo 2014 n. 1344, ivi, 677; Id., 10 marzo 2014 n. 1105, in Foro amm., 2014, 809; Id., 16 maggio 2013 n. 2679, in Foro amm.-C.d.S., 2013, 1302. Inoltre, l'ampia ricostruzione dell'occupazione *sine titulo* operata da Cass., Sez. un., 19 gennaio 2015 n. 735, in Riv. giur. edilizia, 2014, I, 1189.

<sup>112</sup> Sull'art. 43 t.u. espropriazioni i contributi della dottrina sono numerosi; senza scopo di esaustività si ricordano, tra gli altri: R. MARUOTTI, *Commento all'art. 43*, in AA.VV., *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al Testo Unico emanato con il d.p.r. 327/01*, Milano, 2002, 547; G. DE MARZO, *Commento all'art. 43*, in F. Caringella, G. De Marzo (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo Testo unico*, Milano, 2002, 629; F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2005, 183; G. VOLPE, *Acquisizione amministrativa e acquisizione giudiziaria nel sistema delle espropriazioni per pubblica utilità*, in [www.giustamm](http://www.giustamm), 2008.

<sup>113</sup> La disposizione disciplinava il potere dell'"autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità", di disporre, "valutati gli interessi in conflitto", l'acquisizione al suo patrimonio indisponibile, prescrivendo che al proprietario venissero "risarciti" i danni nella misura corrispondente al valore del bene.

<sup>114</sup> Corte cost., 8 ottobre 2010 n. 293, in Riv. giur. edilizia 2010, 5, I, 1420 con nota di F. PATRONI GRIFFI. In argomento: A. LEONI, *Rassegna delle pronunce adottate dalla giurisprudenza amministrativa a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327*, ivi, 2011, 214; G. MARI, *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, ivi, 2010, II, 347; P. TANDA, *Cancellata la c.d. acquisizione sanante: urge un intervento legislativo per colmare il vuoto*, ivi, I, 1440; G. D'ELIA, *Note a margine dell'illegittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa dell'istituto dell'acquisizione sanante*, in Foro amm.-C.d.S., 2011, 1119; S. MIRATE, *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un « punto e*

Il vuoto normativo venutosi a determinare è stato colmato con l'inserimento nel T.U. Espropri dell'art. 42 *bis*, recante identica rubrica, (passato indenne al vaglio di costituzionalità), il cui presupposto applicativo è rappresentato dall'utilizzo di un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità. Le novità sono: l'espressa previsione della non retroattività del provvedimento (comma 1), con la conseguente applicabilità a tutte le fattispecie di occupazione *sine titulo*; la necessità di indicare le circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e, se possibile, della data da cui essa ha avuto inizio; l'obbligo di motivare specificamente le ragioni di interesse pubblico che giustificano l'emanazione del provvedimento di acquisizione, da valutare comparativamente con i contrapposti interessi privati, evidenziando anche l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione (comma 4); la liquidazione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale (pari al valore venale) e non patrimoniale (nella misura del 10% del valore venale del bene); il termine di trenta giorni per il relativo pagamento, il quale, a sua volta, integra una condizione sospensiva dell'effetto traslativo<sup>115</sup>.

La giurisprudenza, quindi, è oggi concorde nel ritenere che nel concetto di occupazione abusiva o illegittima vi rientri qualunque situazione originaria (apprensione del bene diretta da parte della P.A. senza alcuna previa attivazione di procedure ablatorie) o sopravvenuta (a seguito di declaratoria di illegittimità di procedure espropriative, ovvero di inefficacia delle stesse) di acquisizione della disponibilità materiale di immobili da parte della mano pubblica<sup>116</sup>.

Pertanto, quale che sia la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva), la condotta illecita dell'amministrazione incidente sul diritto di proprietà non può comportare l'acquisizione del fondo e configura un illecito permanente ex art. 2043 c.c..

---

*basta » o solo un « punto e a capo »?*, in Resp. civ. e prev., 2011, 69; E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in Dir. amm., 2011, 569.

<sup>115</sup> Le differenze dell'istituto rispetto all'art. 43 sono descritte ed esaminate da E. FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42-bis T.U.E.P.U.*, in Riv. giur. ed., 2013, II, 198-199 e ampiamente sottolineate e valorizzate da Corte Cost., 30 aprile 2015 n. 71 che ha dichiarato non fondate le questioni sollevate avverso il nuovo art. 42 *bis*: al riguardo, si rinvia a G. MARI, G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, in Riv. giur. ed., 2015, 612 ss..

<sup>116</sup> Cons. Stato, sez. IV, 02 maggio 2022, n. 3428, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui dalla stessa giurisprudenza è possibile evincere che gli effetti conseguenti alle condotte materiali ascrivibili al *genus* della occupazione abusiva implicano che: a) si tratta di illecito permanente rientrante nel *genus* dell'art. 2043 c.c.; b) v'è impossibilità per la P.A. di acquistare coattivamente alcun diritto sul bene oggetto di occupazione abusiva; c) la prescrizione dell'azione risarcitoria e restitutoria è quinquennale; d) il termine di prescrizione decorre: d1) dalla proposizione della domanda avente come *causa petendi* l'occupazione abusiva (risarcitoria per equivalente della perdita della proprietà sostanziale, ovvero restitutoria); d2) dalla singola annualità, per la domanda risarcitoria per equivalente della perdita del godimento con la conseguenza che la prescrizione estingue il diritto al risarcimento da mancato godimento del bene, per gli anni precedenti al quinquennio antecedente la messa in mora; e) è necessario che sia accordata piena effettività all'accoglimento della domanda di restituzione del bene da intendersi quale prioritario strumento di ripristino della legalità violata e di soddisfazione dell'interesse sostanziale del titolare; f) tuttavia, sia la domanda restitutoria (intesa quale azione reale petitoria e reipersecutoria, ex art. 948 c.c.), sia la domanda di risarcimento del danno in forma specifica (intesa quale azione personale e obbligatoria, ex art. 2058 c.c., attraverso cui ottenere rimessione in pristino e restituzione), sia quella proposta ex artt. 31 e 117 c.p.a. (avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sulla istanza di provvedere ex art. 42 *bis*, Tuesp), sono precluse (alle parti e ai loro eredi o aventi causa) dal giudicato formatosi su una sentenza che abbia accertato il perfezionamento della fattispecie della occupazione acquisitiva (Cons. Stato, Ad. plen., n. 6 del 2021); affinché si verifichi tale effetto preclusivo, è sufficiente che dall'interpretazione del giudicato si possa enucleare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie dell'occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto.

Sul piano del riparto di giurisdizione, d'altronde, l'eliminazione dell'istituto dell'acquisizione sanante non ha risolto alcunché, perché il problema si è incentrato sulla collocazione delle diverse ipotesi di occupazione abusiva rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 34, d.lgs. n. 80 del 1998, prima, dell'art. 53 Tresp, poi, e, infine degli artt. 7 e 133, lett. g), c.p.a.

In particolare, la distinzione tra le fattispecie di occupazione acquisitiva e usurpativa, ai fini del riparto di giurisdizione e dell'ambito applicativo della giurisdizione esclusiva del G.a. può dirsi aver "complicato" la situazione<sup>117</sup>.

Originariamente, infatti, alla sopra ricordata interpretazione "estensiva" del concetto di occupazione usurpativa, e, quindi, all'approccio ampliativo della giurisdizione del G.O. da parte della Corte di Cassazione, si poneva la giurisprudenza amministrativa, che, per un verso, ha tendenzialmente respinto la teoria della c.d. carenza di potere in concreto, ritenendo che la nullità/inesistenza del provvedimento fosse da correlare alla c.d. carenza di potere in astratto; per altro verso, ha ritenuto che il "collegamento" con il potere necessario e sufficiente a radicare la giurisdizione esclusiva fosse ravvisabile anche in tutti i casi in cui l'occupazione fosse stata posta in essere in corrispondenza ad una dichiarazione di pubblica utilità ancorché successivamente annullata o divenuta inefficace.

Più precisamente, agli inizi degli anni duemila, la giurisprudenza civilistica prevalente, pur con numerosi distinguo<sup>118</sup>, si era orientata a favore del riconoscimento in capo al giudice amministrativo del potere cognitorio sulle fattispecie tradizionali di occupazione acquisitiva<sup>119</sup>, sì che l'ambito nel quale si giocava il contrasto tra G.a. e G.o. riguardava per lo più le fattispecie di occupazione usurpativa c.d. spuria (laddove la dichiarazione di p.u. fosse successivamente annullata o divenuta inefficace) e il caso della c.d. nullità per carenza di potere in concreto in caso di dichiarazione di p.u. priva dei termini di efficacia.

Convergenti, invece, erano le posizioni in caso di assenza, al momento dell'occupazione, della dichiarazione di p.u. e, quindi, in caso di c.d. carenza assoluta di potere, sussistendo la giurisdizione del G.O..

Ora, secondo la Corte di cassazione, come detto, erano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario tre fattispecie: mancanza originaria di una qualsivoglia dichiarazione di pubblica utilità; nullità della dichiarazione di pubblica utilità per mancata indicazione ex art. 13, l. n. 2359/1865 dei termini per l'inizio ed il compimento dell'opera (ipotesi effettivamente verificatasi nel caso in rassegna); sopravvenuta inefficacia o annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, per inutile decorso dei termini fissati per il completamento dell'espropriazione o per mancato inizio delle opere ex art. 1, comma 2, l. n. 1/1978<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> In tal senso, R. Villata, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativi*, cit., 867.

<sup>118</sup> Esempi del minoritario indirizzo, Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21099 e Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2004, n. 21944, con nota di R. CONTI, *Il ritorno al passato - con uno sguardo al futuro - delle Sezioni unite in tema in occupazione acquisitiva*, in Urb. e app., 2005, 318 ss.

<sup>119</sup> Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2003 n. 15471 e Cass. civ., sez. un., 22 ottobre 2003, n. 15843, in Urb. e app., 2004, 171 ss., con nota di R. CONTI, *Indennità di occupazione legittima e urbanistica e art. 34 d.lgs. 80/98*.

<sup>120</sup> Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978, in Giust. civ. mass., 2004, 6, ad es., ha ritenuto riconducibili alla materia urbanistica solo quei comportamenti che, esprimendo l'esercizio di un potere amministrativo, siano collegati ad un fine pubblico o di pubblico interesse legalmente dichiarato. Pertanto, nei casi in cui manchi una valida e perdurante dichiarazione di pubblica utilità dell'opera in ragione della quale è stata disposta l'occupazione di un fondo, o per mancanza «*ab initio*» della dichiarazione di pubblica utilità o perché questa sia venuta meno in seguito all'annullamento dell'atto in cui era contenuta ovvero sia divenuta inefficace - riconducibile alla occupazione c.d. usurpativa - sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, non essendo tali fattispecie in alcun modo riconducibili all'esercizio di un potere amministrativo in materia urbanistica. Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13431, in Giust. civ. mass., 2006, resa in una fattispecie di occupazione usurpativa per intervenuto annullamento giudiziale della d.p.u., pur successiva a Corte Cost. n. 191 del 2006, ha comunque affermato che l'annullamento dell'atto contenente la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera fa sì che l'occupazione degli immobili del privato debba considerarsi come

Nell'ottica espressa dalla Corte non aveva alcuna rilevanza il fatto che il potere espropriativo fosse originariamente attribuito all'Amministrazione; il successivo venir meno di tale attribuzione, circoscritta nel tempo direttamente dal legislatore, determinava, infatti, una situazione assimilabile a una vera e propria carenza assoluta di potere<sup>121</sup>.

Al contrario, la giurisprudenza amministrativa ha sempre rivendicato la propria giurisdizione sulle controversie in questione, valorizzando l'inerenza del comportamento denunciato all'esplicazione del potere pubblico: la vicenda dell'irreversibile trasformazione del bene è pur sempre riconducibile all'esercizio originario del potere avutosi con la dichiarazione di p.u. e il decreto di occupazione; la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 avrebbe sottratto alla giurisdizione esclusiva amministrativa i "comportamenti" meramente materiali, che non costituiscono per nulla esplicazione di potere autoritativo, e non anche quelli posti in essere in esecuzione di un'originaria dichiarazione di p.u., senza che il successivo avvenimento consistente nella scadenza dei termini e/o nella mancata adozione del decreto di esproprio possa dequotarne la valenza giuridica, trattandosi di condotte *ab origine* funzionali alla realizzazione di scopi di pubblica utilità e venendo in rilievo lesioni di diritti soggettivi "eziologicamente riconducibili alla funzione"<sup>122</sup>.

In tal senso, nella nozione di comportamenti riconducibili all'esercizio del potere si riteneva rientrassero anche i comportamenti posti in essere «in esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza)», perché «esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione»<sup>123</sup>.

---

«comportamento illecito *ab origine*» del quale solo il giudice ordinario può conoscere, una volta intervenuto il giudicato di annullamento della d.p.u. Si vedano in tema anche Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2007, n. 9324 e 19 febbraio 2007, n. 3725; id., 2 luglio 2007, n. 14954, in Urb. e App., 2007, 1215, con nota di R. GIANI, *Occupazioni illegittime e azioni risarcitorie: tutte le strade (o quasi) portano al giudice amministrativo*.

<sup>121</sup> Fra le tante, Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2010 n. 30254, in Foro amm.-C.d.S., 2008, 2639, con nota di F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 del 2008 delle sezioni unite?*; Id., 3 novembre 2008 n. 26374; Cons. Stato, Ad. plen., 16 novembre 2005 n. 9, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>122</sup> Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2004 n. 21944, in Giur. it., 2005, 844: "la domanda di risarcimento del danno da illegittima occupazione ed irreversibile trasformazione di terreno utilizzato per finalità di opera pubblica, attenendo a comportamento fattuale posto in essere in carenza (nel caso, sopravvenuta) di potere (nella specie, per illegittima protrazione dell'occupazione del suolo irreversibilmente asservito ad opera pubblica, senza previa adozione di decreto di esproprio entro i termini di scadenza della procedura ablatoria) e non anche ad esercizio di pubbliche potestà, rientra nella giurisdizione dell'a.g.o". In tre ordinanze (note come ordinanze "gemelle") del giugno 2006 (Cass., Sez. un., 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911, rispettivamente, in Foro amm.-C.d.S., 2006, 2738, in Resp. civ. e prev., 2006, 1269, in Foro amm.-C.d.S., 2006, 1359) le Sezioni unite hanno affermato che "Nel settore delle occupazioni illegittime sono chiaramente ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione «usurpativa» caratterizzate dal fatto che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di p.u. manca affatto; alla stessa conclusione si deve pervenire nel caso in cui il decreto di espropriazione è pur stato emesso e però in relazione ad un bene, la cui destinazione ad opera di p.u. la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia" (facendo così riferimento alle fattispecie di occupazione usurpativa pura e di decreto di esproprio mancante o tardivo).

<sup>123</sup> In tal senso, Cons. Stato, Ad. plen. 30 agosto 2005, n. 4, in Dir. proc. amm., 2006, 152 ss.; già Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in Foro it., 2003, III, p. 433, aveva sottolineato che la giurisdizione amministrativa in materia di occupazioni trova un limite solamente nei casi di dichiarazione di pubblica utilità del tutto mancante, mentre nei casi in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia viziata da illegittimità la cognizione spetta al giudice amministrativo; Contra la giurisprudenza della Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2003, n. 9139, in Urb. e app., 2003, 11, 1293, ha affermato la giurisdizione del G.O. anche nelle ipotesi di dichiarazione di pubblica utilità divenuta inefficace, o illegittima sull'assunto che possono considerarsi espressione di un potere amministrativo solo quei comportamenti della p.a. che, attraverso la dichiarazione di p.u. in corso di validità siano collegati al un fine pubblico.

Ciò che rileva, infatti, non è la legittimità dell'esercizio del potere, né lo è il maggiore o minore spessore della illegittimità ovvero della situazione giuridica tutelata, ma la mera emersione di un agire causalmente riferibile ad una funzione che per legge appartenga all'amministrazione agente e che per legge questa sia autorizzata a svolgere e che, in concreto, risulti svolta<sup>124</sup>.

Successivamente, d'altronde, le posizioni della Cassazione e del Giudice amministrativo si sono sostanzialmente avvicinate.

A partire dal 2008<sup>125</sup> la Cassazione ha affermato la giurisdizione del g.a. in una fattispecie in cui erano stati adottati dichiarazione di p.u. e provvedimento di occupazione, ma il decreto di esproprio era intervenuto tardivamente; le Sezioni unite hanno ricordato che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alle controversie contro atti e comportamenti, che costituiscano esecuzione di precedenti manifestazioni in forma provvedimentale di potere ablatorio in relazione al bene di cui si discute. E così, mentre è stata ritenuta appartenere alla giurisdizione ordinaria la domanda intesa alla restituzione d'un fondo occupato dopo che l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità è scaduta<sup>126</sup>, è stato per contro affermato che appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le domande cui dà origine l'emissione di un decreto di espropriazione, pur esso sopravvenuto ad efficacia della dichiarazione di pubblica utilità scaduta, ma quando l'occupazione e trasformazione dei fondi si sono consumate prima.

La giurisprudenza della Cassazione ha quindi distinto, ai fini della giurisdizione, a seconda che l'occupazione e la trasformazione siano avvenute o meno in costanza della dichiarazione di p.u..

Nel 2015<sup>127</sup>, le Sezioni Unite hanno rivisto il precedentemente orientamento<sup>128</sup> evidenziando la necessità di dare il giusto rilievo alla espressa estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle

---

<sup>124</sup> Si veda Cons. Stato, ad. plen., n. 12 del 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), la quale ha affermato che se è intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità e ad essa nel suo termine di efficacia seguono l'autorizzazione all'occupazione d'urgenza, l'occupazione e la trasformazione dei suoli nell'opera pubblica, spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sulle domande di annullamento e di risarcimento del danno: e ciò anche se le domande vengono fondate sul fatto che il decreto di esproprio è stato emesso dopo che gli effetti della dichiarazione di pubblica utilità sono cessati per la scadenza dei suoi termini finali; id., 16 novembre 2005, n. 9, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha ritenuto comprese nella giurisdizione amministrativa quelle "condotte che si connotano quale attuazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato, *secundum legem*, i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento"; id. 30 luglio 2007, n. 9, ibidem, ha ricondotto alla giurisdizione del giudice amministrativo il caso del decreto di esproprio mancante o tardivo (emesso, cioè dopo la scadenza della dichiarazione di pubblica utilità), affermando la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in relazione a liti che abbiano ad oggetto un diritto soggettivo, quando « la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione di un potere pubblico, pur se, quest'ultimo, risulta ormai mutilato nella sua sfera autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento»; id. 30 luglio 2007, n. 10, ibidem, ha statuito che, pur nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, spetta al giudice amministrativo conoscere, ai fini risarcitori, dei danni conseguiti ad un provvedimento amministrativo annullato per intervenuta scadenza del suo termine di efficacia anche se i danni stessi si sono verificati dopo la stessa scadenza.

<sup>125</sup> Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008 n. 30254, in *Giust. civ. mass.*, 2008.

<sup>126</sup> Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19501, in *Giust. civ. mass.*, 2008.

<sup>127</sup> Cass. civ., sez. un., 27 maggio 2015, n. 10879, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, I, 699.

<sup>128</sup> Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19501 in *Giust. civ. mass.*, 2008; Cass. civ. sez. un. 23 dicembre 2008, n. 30254, cit.; Cass. civ., n. 2052 del 2016, cit., sia pure in relazione al d. lgs. n. 80 del 1998, art. 34, nel testo novellato dalla l. n. 205 del 2000, art. 7, ha affermato che "la riconducibilità del comportamento dannoso all'esercizio del potere, affinché il diritto soggettivo al risarcimento del danno in ambito di giurisdizione esclusiva possa dirsi riconducibile a tale giurisdizione, esige (...) l'individuazione di questa relazione con l'esercizio del potere sotteso. Si tratta di una relazione che (...) non può essere intesa come se si trattasse di una mera occasionalità della tenuta del comportamento rispetto all'esercizio del potere, giacché ciò che è occasionale è certamente spiegabile sul piano

controversie, in materia di espropriazioni per pubblica utilità, relative a comportamenti "mediatamente" riconducibili all'esercizio di un pubblico potere, mediata riconducibilità che non può essere ravvisata soltanto quando la pubblica amministrazione esercita un pubblico potere "avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici", poiché l'avverbio "mediatamente" viene utilizzato dalla norma anche con riferimento ai comportamenti, il cui connotato caratteristico non è quello di essere "strumenti intrinsecamente privatistici".

Le Sezioni unite, quindi, hanno affermato che le controversie risarcitorie, promosse in epoca successiva al 10 agosto 2000, relative alle occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere (riconoscibile come tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, anche se l'ingerenza nella proprietà privata sia poi avvenuta senza alcun titolo o nonostante il venir meno di detto titolo) sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistico-edilizia ai sensi della l. n. 205 del 2000, art. 7 giacché l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione sono riconducibili ad un concreto esercizio del potere autoritativo che si manifesta con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, senza che assuma rilevanza il fatto che quest'ultima perda successivamente efficacia o venga annullata<sup>129</sup>.

La Corte ha sottolineato che l'esistenza di una dichiarazione di pubblica utilità è condizione imprescindibile per ritenere che l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione siano riconducibili a un concreto esercizio del potere autoritativo, quale condizione necessaria per affermare la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a norma dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. g), e tale dichiarazione deve esistere al momento dell'apprensione dei beni privati<sup>130</sup>.

Per devolvere al giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto il risarcimento del danno per la perdita della proprietà di un suolo occupato d'urgenza per l'esecuzione di un'opera pubblica, è sufficiente il

---

deterministico come giustificato da qualcosa d'altro, ma per ciò solo, almeno secondo un lessico normativo, non può dirsi riconducibile ad esso. Se il legislatore avesse voluto alludere semplicemente all'essere stato il comportamento occasionato dall'esercizio del potere avrebbe fatto riferimento al comportamento tenuto nell'esercizio del potere".

<sup>129</sup> Così, Cass. civ., sez. un., 19 marzo 2020, n. 7454, in Giust. civ. mass., 2020; id., 17 settembre 2019, n. 23102, in Giust. civ. mass., 2019. A tale conclusione si è giunti evidenziando che il riparto della giurisdizione è regolato, *ratione temporis* in relazione all'epoca della domanda giudiziale, dal d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34, come sostituito dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, lett. b), che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia" e che va interpretato e applicato in conformità a quanto statuito dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, contenenti declaratorie di parziale incostituzionalità, rispettivamente, dell'art. 34 cit., e dell'analoga disposizione di cui al d.p.r. n. 327 del 2001, art. 53, nel testo all'epoca vigente. In particolare, Corte Cost. n. 191 del 2006 ha puntualizzato il senso della declaratoria d'incostituzionalità delle disposizioni di cui trattasi, nella parte in cui devolvono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative ai "comportamenti" delle pubbliche amministrazioni, osservando che "nelle ipotesi in cui i "comportamenti" causativi di danno ingiusto - e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera - costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali "comportamenti" esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione". Ai fini, dunque, della devoluzione al giudice amministrativo delle controversie relative ai comportamenti in questione è sufficiente il collegamento della realizzazione dell'opera fonte di danno con una dichiarazione di pubblica utilità, ancorché illegittima, senza che rilevi la qualità del vizio da cui sia affetta tale dichiarazione, viceversa valorizzata dalla giurisprudenza anteriore alla richiamata pronuncia della Corte costituzionale. In senso sostanzialmente conforme, Cass. civ., sez. un., 29 gennaio 2018, n. 2145, in Giust. civ. mass., 2018; id., 16 aprile 2018, n. 9334, ibidem, 2018.

<sup>130</sup> Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31028, in Foro Amm., II, 2020, 3, 397.

collegamento della realizzazione dell'opera con la dichiarazione di pubblica utilità, ancorchè illegittima, a prescindere dalla qualità del vizio da cui risulta affetta tale dichiarazione.

Può dirsi, quindi, ormai principio consolidato quello per cui, a seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e 191 del 2006, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie risarcitorie promosse in epoca successiva al 10 agosto 2000, aventi ad oggetto occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile come tale in base al procedimento svolto e alle forme adottate. Essa si estende, quindi, a tutte le ipotesi in cui l'esercizio del potere si è manifestato con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, anche se poi quest'ultima sia stata annullata da parte della stessa autorità amministrativa che l'ha emessa o dal giudice amministrativo, oppure la sua efficacia sia altrimenti venuta meno. Dunque, l'esistenza di una dichiarazione di pubblica utilità è condizione imprescindibile per ritenere che l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione siano riconducibili ad un concreto esercizio del potere autoritativo, quale condizione necessaria per affermare la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Non può assumere rilievo, ai fini che qui segnatamente interessano, la circostanza che la delibera di approvazione del progetto non rechi l'indicazione dei termini di cui alla l. n. 2359 del 1865, art. 13 trattandosi di una omissione che, pur comportando l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, non è di per sé idonea ad escludere il collegamento dell'occupazione e della successiva trasformazione del suolo con un fine di pubblico interesse legalmente dichiarato<sup>131</sup>.

Quindi, anche il successivo comportamento della pubblica amministrazione che ometta di restituire il bene, pur dopo l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità, si deve connettere, ancorchè mediamente, a quei provvedimenti, senza i quali non vi sarebbe stata apprensione e, quindi, neppure la mancata restituzione". Una volta che il comportamento occupativo trovi radice, anche mediata, in un riconoscibile atto di esercizio di un pubblico potere, la giurisdizione amministrativa dunque permane quand'anche quest'ultimo, rivelatosi illegittimo, sia poi stato annullato con cessazione retroattiva dei suoi effetti.

Si può, quindi, affermare che, sussiste la giurisdizione amministrativa a conoscere le domande di restituzione e di risarcimento del danno conseguente alle occupazioni *sine titulo* comunque rette da una d.p.u., ai fini della devoluzione al giudice amministrativo delle controversie relative ai comportamenti della pubblica amministrazione, nelle procedure ablativo, essendo sufficiente il collegamento della realizzazione dell'opera fonte di danno ad una dichiarazione di pubblica utilità, ancorché illegittima (senza che rilevi la qualità del vizio di legittimità che la affetta), o inefficace o comunque non seguita dal completamento della procedura espropriativa, o annullata da parte del G.A. o della medesima amministrazione<sup>132</sup>.

Come si può agevolmente notare, la posizione della Suprema Corte si è allineata a quella della giurisprudenza amministrativa, sì che restano devolute al G.O. le ipotesi di c.d. occupazione usurpativa pura, in quanto l'occupazione costituirebbe espressione di una mera condotta illecita non connessa all'agire pubblico.

---

<sup>131</sup> Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2021, n. 8568, in Giust. civ. mass., 2021; in senso conforme, Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8675, ibidem, 2019; id., 29 gennaio 2018, n. 2145, ibidem, 2018; id., Cass. sen n. 9334, 16 aprile 2018; id., 25 luglio 2016, n. 15284, ibidem; nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, sez. II, 17 maggio 2019, n. 3195, ibidem;

<sup>132</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., n. 8568 del 2021 cit.; Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2021, n. 5513, Foro it., Rep. 2021, voce Espropriazione per p.i., n. 103; contra, Cass. civ., sez. un., n. 8415 del 2019, Giust. civ. mass., 2019.

Tenuto conto, poi, di quanto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza già più sopra ricordata 05 settembre 2022, n. 26033<sup>133</sup>, sembra che oggi la giurisdizione del G.O. sussista solo se manchi in radice un atto recante la dichiarazione di p.u. da parte della P.a., perché anche nel caso di occupazione compiuta a fronte di dichiarazione di p.u. nulla per difetto assoluto di attribuzione (id est., carenza di potere in astratto), l'apparenza del potere pubblico è idonea a radicare la giurisdizione esclusiva del G.a..

Ciò in quanto, come detto, "condizione ineludibile per configurare la giurisdizione amministrativa, sia di legittimità sia esclusiva..., è che la pubblica amministrazione agisca come autorità, e non come "qualsiasi litigante privato".....; in questa prospettiva la "intrinseca natura della situazione giuridica dedotta in giudizio" - che costituisce l'oggetto dell'indagine sul petitum sostanziale - viene a coincidere con la verifica della esistenza o meno di una contestazione in concreto dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione-autorità, che costituisce condizione ineludibile per radicare la giurisdizione amministrativa"<sup>134</sup>.

Il Consiglio di Stato, in una controversia recente<sup>135</sup>, ha declinato la propria giurisdizione – nell'ambito di una domanda risarcitoria - a fronte di una ritenuta un'occupazione "usurpativa", poiché «l'area in contestazione ricadeva, nel previgente Programma di fabbricazione (approvato in data 6 dicembre 1972), in "zona spiaggia", mentre nel vigente Piano urbanistico comunale (approvato il 28 dicembre 2020) in "zona parcheggio"; - sull'area non è mai stato programmato, progettato e approvato alcun intervento pubblico; negli anni sono state realizzate opere di manutenzione ordinaria e straordinaria con spese a carico del bilancio comunale per rendere l'area fruibile come parcheggio».

Secondo il Consiglio di Stato, quindi, «quand'anche volesse ravvisarsi, nella disciplina urbanistica sopra richiamata, l'apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio, farebbe pur sempre difetto la formale adozione della dichiarazione di pubblica utilità».

---

<sup>133</sup> Come detto, Cass. civ., sez. un., 05 settembre 2022, n. 26033, in Giust. civ. mass., 2022, ha recentemente ribadito che non rileva, per escludere la giurisdizione amministrativa, che il ricorrente a monte dell'esproprio abbia affermato la nullità o l'inesistenza giuridica del provvedimento dichiarativo della pubblica utilità dell'opera e che ciò, ove anche sia il riflesso di ogni ipotetico vizio sulla nullità del provvedimento di esproprio, implica che si sia pur sempre dinanzi a una procedura non usurpativa, ma semplicemente illegittima. Secondo la Corte, le controversie risarcitorie, promosse in epoca successiva al 10 agosto 2000, relative alle occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere, riconoscibile come tale in base al procedimento svolto e alle forme adottate, anche se l'ingerenza nella proprietà privata sia poi avvenuta senza alcun titolo o nonostante il venir meno di detto titolo, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistico-edilizia ai sensi della l. n. 205 del 2000, art. 7, giacché l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione sono riconducibili a un concreto esercizio del potere autoritativo che si manifesta con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, senza che assuma rilevanza il fatto che quest'ultima perda successivamente efficacia o venga annullata. La Corte ha precisato che tale principio viene in questione in base alla natura sostanziale della situazione dedotta in lite, al di là della formula (nullità o inesistenza) impiegata dalla parte. La Corte ha ripetutamente affermato, dopo le note sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e 191 del 2006, che la giurisdizione esclusiva non trova giustificazione nell'idoneità della dichiarazione di pubblica utilità a determinare l'affievolimento del diritto di proprietà, e quindi nella configurabilità della posizione giuridica del proprietario come interesse legittimo, ma nella riconducibilità della fattispecie alla materia (urbanistico-edilizia) in sé considerata, come definita dal citato art. 7; sicché, in altre parole, spettano alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie aventi a oggetto comportamenti riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere da parte della pubblica amministrazione, con estensione alle ipotesi in cui l'esercizio di quel potere si è manifestato con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, a prescindere dal fatto che poi l'apprensione o l'irreversibile trasformazione del fondo abbiano avuto luogo in mancanza di titolo o in virtù di un titolo a sua volta nullo o caducato.

<sup>134</sup> Cass. civ., sez. un., 12 gennaio 2022, n. 758, in Giust. civ. mass., 2022.

<sup>135</sup> Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Di qui la conclusione secondo cui *“nel caso in cui l’occupazione sia avvenuta in via di fatto, e quindi in maniera totalmente abusiva, l’azione di risarcimento del danno che ne consegue rientra nella giurisdizione del giudice ordinario”*.

La fattispecie può essere interessante perché probabilmente oggi, che con il TUESP il primo atto della procedura non è più la dichiarazione di P.U., ma il vincolo preordinato all’esproprio tutte le considerazioni fatte dalla giurisprudenza sull’assenza o meno della DPU andrebbero rivolte proprio al vincolo.

Infatti, nel TUESP la fase iniziale della procedura espropriativa non è più la dichiarazione di P.U., ma l’apposizione del vincolo preordinato all’esproprio.

Quindi, ad oggi, se il primo atto della procedura espropriativa è l’apposizione del vincolo, anche l’eventuale mancanza dell’atto contenente la dichiarazione di pubblica utilità potrebbe ritenersi insufficiente a “togliere” la giurisdizione al G.a.

In ogni caso, ad oggi può dirsi *jus receptum* che:

- appartengono alla giurisdizione esclusiva del G.a. tutte le occupazioni che trovano un loro fondamento in una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità (oggi forse anche solo provvedimento contenente vincolo preordinato all’esproprio) e abusive in ragione dell’annullamento o della mancata adozione di successivi provvedimenti della procedura espropriativa;
- l’occupazione posta in essere in esecuzione di provvedimento valido ed efficace anche se il comportamento si protrae oltre il termine di efficacia del provvedimento legittimante, è qualificabile come “comportamento amministrativo”;
- l’occupazione posta in essere in esecuzione di provvedimento efficace, ma illegittimo e successivamente annullato (con efficacia *ex tunc*) è comunque qualificabile in termini di comportamento “amministrativo”;
- l’occupazione posta in essere in conseguenza di un provvedimento nullo rientra comunque nella giurisdizione esclusiva del G.a.
- appartengono alla giurisdizione del G.O. le controversie inerenti comportamenti tenuti in assenza di qualsivoglia esercizio di pubblici poteri, come nel caso di mancanza della dichiarazione di pubblica utilità (e oggi del vincolo preordinato all’esproprio).

Applicando il principio dell’apparenza che sembra veicolato dalle Sezioni Unite, allora viene da chiedersi se il caso dell’occupazione posta in essere a seguito di una dichiarazione di p.u. già annullata o divenuta inefficace (o se si vuole spostare “indietro” l’elemento radicante la giurisdizione esclusiva quale manifestazione di potere, a seguito di atto appositivo del vincolo già annullato o divenuto inefficace) rientri, come dovrebbe ritenersi, nella giurisdizione esclusiva del G.a.

In questi casi, a rigore, la situazione occupativa sarebbe stata instaurata quando la manifestazione del potere ha perso i suoi effetti: d’altronde non può dirsi che il suddetto potere non si sia, in concreto, mai manifestato, sì che la suddetta occupazione potrebbe rientrare nell’alveo della giurisdizione esclusiva, sempre che il collegamento con il potere non sia inteso in modo restrittivo, come indicato dalla Corte di Cassazione che esclude la connessione meramente “occasionale”.

### **3. L’USUCAPIONE E LA P.A.**

### 3.1. Premessa.

Come detto nel paragrafo che precede, i comportamenti occupatori, qualunque ne sia la "natura" costituiscono un illecito permanente, sì che, in ogni caso, la trasformazione del fondo seguita dalla realizzazione dell'opera pubblica non determina né l'acquisto della proprietà in capo alla p.a., né, tantomeno, la cessazione dell'illecito, e, anzi, legittima il privato a richiedere la restituzione del bene anche a distanza di anni (in applicazione dell'art. 948, comma. 3, c.c.), oltre al ripristino dello stato dei luoghi, ferma restando l'esperibilità dell'azione risarcitoria.

I comportamenti occupatori, d'altronde, risolvendosi nel godimento di un bene immobile, danno luogo ad una situazione "di fatto" la qualificazione della quale, in termini di detenzione o possesso, pone all'interprete la necessità di comprendere se e a quali condizioni la P.a. possa "beneficiare" dell'acquisto della proprietà (o altro diritto reale) sull'immobile occupato in forza dell'usucapione maturata per possesso continuato e ininterrotto sul terreno occupato, per il periodo di tempo previsto dall'ordinamento.

Più precisamente, si pone il problema di comprendere se l'istituto dell'usucapione sia applicabile anche alla P.a., in particolare nell'ambito delle procedure espropriative; se e quando, l'occupazione *sine titulo* di un'area e la relativa trasformazione siano idonee ad integrare un possesso utile ai fini dell'usucapione; più in generale a quali condizioni può maturare l'usucapione a favore della P.a. in caso di occupazione illegittima; quale sia il giudice titolare del potere giurisdizionale di accertare che l'usucapione sia effettivamente maturata.

Come giustamente rilevato<sup>136</sup>, la frequenza dell'interferenzialità tra espropriazione illegittima ed usucapione scaturisce da una degenerazione rappresentata dalla sistematica diffusione dell'occupazione di urgenza preordinata all'espropriazione<sup>137</sup> che in origine doveva rappresentare un "momento" eventuale ed in qualche misura eccezionale.

D'altronde, il problema dell'applicabilità dell'istituto dell'usucapione in favore della P.a. si è imposto all'attenzione degli interpreti soprattutto nel momento in cui tanto la giurisprudenza amministrativa, quanto quella di legittimità, a seguito delle già citate decisioni della Corte Edu e dell'introduzione, sul piano legislativo, prima dell'art. 43 Tresp e, poi, dell'art. 42 *bis* Tresp, hanno accertato la definitiva "espunzione" dall'ordinamento della c.d. occupazione appropriativa (o acquisitiva).

Precedentemente, infatti, poiché tale istituto di origine pretoria comportava, in conseguenza della destinazione irreversibile impressa al suolo illegittimamente occupato, l'acquisto, in capo alla P.a., della proprietà del terreno stesso, con correlata estinzione del diritto in titolarità del privato così indirettamente espropriato<sup>138</sup>, non era ontologicamente ipotizzabile, né rilevante, nelle ipotesi sussumibili nell'ambito di applicazione dell'istituto pretorio dell'accessione invertita, fare riferimento all'usucapione, l'acquisto da parte della P.a. della proprietà essendo immediato e residuando in capo al privato il diritto al risarcimento danni (con correlato problema del termine<sup>139</sup> e del *dies a quo*<sup>140</sup> della prescrizione del relativo diritto).

---

<sup>136</sup> F. TAORMINA, *L'usucapione pubblica conseguente ad una procedura espropriativa illegittima*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>137</sup> Istituto, oggi disciplinato dall'art. 22 *bis*, Tresp, e nato con la funzione di consentire l'occupazione dell'area nelle more dell'adozione del provvedimento di esproprio, ma la cui applicazione ha finito con il consentire la quasi sistematica realizzazione dell'opera pubblica senza aver prima adottato il provvedimento legittimante l'occupazione ovvero nonostante la sopravvenuta inefficacia dello stesso.

<sup>138</sup> Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 1983 n. 1464, cit..

<sup>139</sup> Superato il tentativo di dilatare il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria sino a dieci anni attraverso l'elaborazione della (poi disattesa) nozione di "espropriazione sostanziale" (Cass. civ., sez. I, 11 luglio 1990, n. 7210, in Riv. trim. appalti, 1991, 545), era stato ammesso il diritto del privato di chiedere ed ottenere il risarcimento del danno

Venuta meno l'applicazione della c.d. accessione invertita, con riguardo alle fattispecie correlate alla c.d. occupazione acquisitiva si è "aperta" la prospettiva della potenziale applicabilità dell'istituto dell'usucapione, venendo in rilievo, almeno astrattamente, il possibile effetto acquisitivo correlato al godimento del bene, da parte della P.a., protratto nel tempo a fronte dell'inerzia del privato.

D'altronde, la questione dell'usucapione, tanto nel periodo di "vigenza" dell'istituto dell'accessione invertita quanto a seguito dell'introduzione degli artt. 43 e 42 *bis* Tresp poteva trovare applicazione con riguardo sia alle ipotesi di c.d. occupazione usurpativa (sia "pura" che "spuria"), sia a quelle occupazioni abusive non sussumibili nell'ambito di applicazione della c.d. accessione invertita perché non implicanti l'irreversibile e radicale trasformazione del bene, in tal caso, come detto più sopra, non era configurabile l'acquisto della proprietà secondo lo schema della c.d. accessione invertita, non realizzandosi l'effetto direttamente "acquisitivo" a fronte dell'avvenuta "irreversibile trasformazione del bene"<sup>141</sup>.

L'usucapione è un istituto generale di diritto comune<sup>142</sup>, un mezzo in virtù del quale, per effetto del possesso protratto per un certo tempo e, talora, di altri requisiti, si produce l'acquisto della proprietà e dei diritti reali di godimento, la cui *ratio* va ricercata "nell'esigenza di rendere certa e stabile la proprietà", nella necessità di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto che si è protratta per lungo tempo e "dal punto di vista sociale" nella volontà di "favorire" chi utilizza il bene impiegandolo in modo produttivo.

È stato correttamente sottolineato<sup>143</sup> che non esiste un'"usucapione pubblica" quale istituto autonomo, ma solo un'usucapione "civilistica" di cui si renda protagonista una persona giuridica pubblica<sup>144</sup>.

È opportuno, pertanto, in primo luogo, inquadrare brevemente gli elementi essenziali - per quanto in questa sede di interesse - dell'istituto civilistico dell'usucapione, ex artt. 1153 e ss. c.c.

### 3.2. LA DISCIPLINA CODICISTICA.

L'usucapione è un modo di acquisto a titolo originario della proprietà e dei diritti reali di godimento, disciplinato dagli artt. 1158 e ss. c.c., che si realizza mediante il possesso continuato del bene per il periodo di tempo stabilito dalla legge<sup>145</sup>.

---

derivante dalla perdita definitiva del bene entro il termine di prescrizione quinquennale, (essendo l'occupazione riconducibile ad un illecito extracontrattuale Cass. civ., sez. un. 25 novembre 1992 n. 12546, in *Vita not.*, 1992, 1057, con nota di FINOCCHIARO).

<sup>140</sup> Il "*dies a quo*" di tale termine prescrizionale veniva ancorato al momento dell'irreversibile trasformazione del suolo oggetto di occupazione.

<sup>141</sup> Il privato può, quindi, esercitare l'azione restitutoria *sine die*: infatti, la permanenza del diritto di proprietà in capo al privato destinatario di un'illegittima espropriazione o occupazione lo legittima a rivendicare la cosa "da chiunque la possiede o la detiene" (ex art. 948, comma 1, c.c.) senza termine di prescrizione (art. 948, comma 3, c.c.) nonché di chiedere il risarcimento dei danni patiti.

<sup>142</sup> Già nel diritto romano l'*usucapio* era un modo di acquisto della proprietà a titolo originario per effetto del perdurare, per un certo tempo, della *possessio* su di una *res*, salvi i casi di non usucapibilità di particolari categorie di *res*. Tale modo di acquisto della proprietà era stato introdotto per evitare che vi potesse essere per molto tempo una incertezza sulla proprietà dei fondi. Nelle istituzioni di Giustiniano, si legge al riguardo, I.2.49 *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est*.

<sup>143</sup> *Ex aliis*, Cass. civ., sez. II, 10 aprile 2014, n. 8430, in *Giust. civ. mass.*, 2014.

<sup>144</sup> Ovvero anche una collettività indeterminata di soggetti che detenga il *corpus* (un bene privato) con l'*animus possidendi*, purché si tratti di persone agenti *uti cives* e non *uti singuli*, e non vi sia la riscontrabilità nel proprietario di un atteggiamento di mera tolleranza; vi sia la continuità del possesso.

<sup>145</sup> P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, UTET 1982, tomo 8, 491 e ss..

L'usucapione (o prescrizione acquisitiva) ha in comune con la prescrizione estintiva ex art. 2934 ss. c.c. sia il decorso del tempo, sia l'inerzia del titolare del diritto: a differenza della prescrizione, in cui il decorso del tempo si unisce all'inerzia dell'avente diritto, producendo un effetto estintivo del diritto medesimo, l'usucapione ha un effetto "acquisitivo" della proprietà, contemplando la rilevanza del decorso del tempo unitamente ad un elemento positivo, il possesso su un bene.

Gli elementi costitutivi dell'usucapione sono costituiti dal possesso<sup>146</sup> esclusivo, continuato ed ininterrotto nel tempo, protratto per il tempo stabilito dalla legge<sup>147</sup>, sorretto non dal c.d. *animus usucapiendi* (ovvero l'intenzione di pervenire all'acquisto del diritto), ma dal cd. *animus rem sibi habendi*<sup>148</sup> il quale si presume *iuris tantum* dalla presenza del *corpus possessionis*<sup>149</sup> e prescinde dallo stato soggettivo di buona fede<sup>150</sup>.

Occorre, d'altronde, che l'impossessamento, ovvero il momento iniziale della relazione col bene, sia dipeso da fatto autonomo e non violento<sup>151</sup> dell'interessato, non dovendo essere conseguenza della condiscendenza o tolleranza del proprietario<sup>152</sup>, in conformità all'art. 1144 c.c., né deve essere avvenuto in modo clandestino ovvero mediante atti che, avuto riguardo alle concrete circostanze, non potevano obiettivamente essere noti all'effettivo proprietario, neanche usando l'ordinaria diligenza.

Inoltre, occorre che l'effettivo titolare del diritto ometta di esercitarlo nel tempo necessario per il perfezionamento della fattispecie legale acquisitiva<sup>153</sup> o, più precisamente, che il possessore eserciti poteri e facoltà incompatibili con il contenuto dell'altrui diritto, dovendosi al riguardo evidenziare che il compimento, da parte dell'effettivo titolare, di atti che, pur se privi di efficacia interruttiva, manifestino la persistenza della titolarità del diritto<sup>154</sup>, è sufficiente ad escludere il possesso *ad usucapionem*.

L'usucapione, di regola è ventennale<sup>155</sup>.

Una volta perfezionatasi la fattispecie acquisitiva, in ragione del suo carattere retroattivo<sup>156</sup>, sono estinti con decorrenza dal momento in cui ha avuto inizio la situazione possessoria, tutti i diritti reali esistenti sul

---

<sup>146</sup> Definito dall'art. 1140 c.c. come il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa.

<sup>147</sup> Cass. civ., sez. I, 14 giugno 1996, n. 5500, in Giust. civ. mass., 1996, 855; Cass. civ., sez. II, 13 luglio 1993, n. 7690, Giust. civ. mass., 1993, 1160, attraverso tale prolungata signoria il possessore si sostituisce, in concreto, al titolare effettivo del diritto e rende produttivo un bene altrimenti inutilizzato, con vantaggio per l'intero sistema economico.

<sup>148</sup> La volontà di tenere la cosa come propria o di esercitare il diritto come a sé spettante, Cass. civ. sez. II, 21 dicembre 1988, n. 6989, in Giust. civ. 1989, I, 2647.

<sup>149</sup> L'esercizio di un'attività corrispondente a quella del proprietario o del titolare di un altro diritto reale.

<sup>150</sup> Cass. civ., sez. II, 15 luglio 2002, n. 10230, in Giust. civ. mass. 2002, 1218; Cass. civ., sez. II, 05 settembre 1998, n. 8823, in Giust. civ. mass. 1998, 1858; Cass. civ., sez. II, 01 luglio 1996, n. 5964, in Giust. civ. Mass. 1996, 934: ai fini dell'usucapione, infatti, il possessore può anche essere in mala fede.

<sup>151</sup> Cass. civ., sez. II, 03 febbraio 2012, n. 1672, in Giust. civ. mass. 2012, 2, 127.

<sup>152</sup> Cass. civ., sez. II, 17 novembre 2021, n. 34824, in Giust. civ. mass., 2021.

<sup>153</sup> Cass. civ., sez. II, 20 giugno 1996, n. 5687, in Giust. civ. mass. 1996, 892; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 1992, n. 4807, in Giust. civ. mass. 1992, 4.

<sup>154</sup> Ad es., la presentazione di una denuncia di successione, la partecipazione ad una divisione ereditaria, l'instaurazione, nei confronti di un terzo, di un giudizio di affrancazione (in tal senso, Cass. civ., sez. II, 18 maggio 1988, n. 3464, in Giust. civ. mass., 1988, 5; Cass. civ., sez. II, 06 maggio 1987, n. 4206, in Giust. civ. mass., 1987, 5).

<sup>155</sup> La c.d. usucapione abbreviata su beni immobili, ex art. 1159 c.c., invece di essere ventennale, è decennale. L'abbreviazione dei termini si spiega per le particolari condizioni del possesso; per aversi usucapione abbreviata è infatti necessario: che il possesso sia iniziato in buona fede; che vi sia un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà, o altro diritto reale di godimento; che il titolo sia stato trascritto. In presenza di queste condizioni, l'usucapione si compie dopo soli dieci anni dalla data della trascrizione del titolo.

<sup>156</sup> Cass. civ., sez. II, 25 marzo 1998, n. 3153, in Giust. civ. Mass. 1998, 664.

bene, il quale dunque entra nella sfera giuridica del possessore libero da qualsiasi diritto reale o altro peso gravante sullo stesso nel periodo precedente.

Possono usucapire tutti i soggetti in grado di possedere e di essere titolari di diritti: dunque anche le persone giuridiche pubbliche, titolari di “poteri privatistici”, sia pure nei limiti stabiliti dall’ordinamento.

Ai sensi dell’art. 1165 c.c., le disposizioni generali sulla prescrizione, quelle relative alle cause di sospensione e d’interruzione e al computo dei termini si osservano, in quanto applicabili, rispetto all’usucapione<sup>157</sup>.

Al riguardo, però, gli atti di diffida e di messa in mora, mentre sono idonei ad interrompere la prescrizione dei diritti di obbligazione, non lo sono con riguardo al termine utile per usucapire, potendosi esercitare il relativo possesso anche in aperto e dichiarato contrasto con la volontà del titolare del diritto reale, cosicché è consentito attribuire efficacia interruttiva del possesso solo ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa, oppure ad atti giudiziali diretti ad ottenere “*ope iudicis*” la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapente, come la notifica dell’atto di citazione con il quale venga richiesta la materiale consegna di tutti i beni immobili in ordine ai quali si vanta un diritto dominicale<sup>158</sup>.

Va rammentato, poi, che, ai sensi dell’art. 1141 c.c., sebbene si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione, se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo non venga a essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore.

Secondo la tradizionale dottrina civilistica, il possesso si distingue dalla detenzione per «l’intento che assiste l’esercizio del potere»<sup>159</sup>, ovvero per la sussistenza, nella detenzione, ma non nel possesso, di un titolo qualificante la relazione tra soggetto (detentore) e bene. L’*animus possidendi*, ai fini dell’acquisto di un bene per usucapione, si caratterizza, quindi, per l’assenza di quella particolare ragione per cui si è in contatto con la res, che viceversa qualifica il soggetto detentore, con la precisazione, però, che l’*animus detinendi*, non essendo di per sé “tangibile”, viene ad essere manifestato attraverso il “titolo” (ad es., una locazione o un comodato) che giustifica il godimento dell’avente diritto.

In tal senso, la Corte di Cassazione<sup>160</sup> ha anche recentemente sottolineato come sia centrale valutare se e in che misura il godimento del bene tragga origine in un titolo e quali siano le caratteristiche dello stesso, se

---

<sup>157</sup> In dottrina, quindi, si afferma che l’usucapione non corre in tutti i casi in cui «il controinteressato all’usucapione non è ritenuto dall’ordinamento giuridico in grado di contrastare l’altrui possesso *ad usucapionem* per l’impossibilità di esercitare il proprio diritto»: si veda al riguardo, S. RUPERTO, voce «*Usucapione (diritto vigente)*», in Enc. Dir., vol. XLV, Milano, 1992, 1037, e, nello stesso senso, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1998, 233.

<sup>158</sup> *Ex multis*, Cass. civ., 11 giugno 2009, n. 13625, in Giust. civ. mass., 2009; id. sez. II, 11 luglio 2011, n. 15199, in Giust. civ. mass., 2011.

<sup>159</sup> S. RUPERTO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, cit., 1033; nonché R. SACCO, voce «*Possesso (dir. priv.)*», in Enc. Dir., XXXIV, Milano, 1985, 504 ss..

<sup>160</sup> Cass. civ., sez. II, 6 aprile 2022, n. 11132, in Giust. civ. mass., 2022, al riguardo, ha sottolineato che nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si realizza un’anticipazione degli effetti traslativi, fondandosi la disponibilità conseguita dal promissario acquirente sull’esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori, sicché la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile *ad usucapionem* ove non sia dimostrata una *interversio possessionis* nei modi previsti dall’art. 1141 c.c.. In un contratto ad effetti obbligatori, la *traditio* del bene non configura la trasmissione del suo possesso, ma l’insorgenza di una mera detenzione, sebbene qualificata, salvo che intervenga una *interversio possessionis*, mediante la manifestazione esterna, diretta contro il proprietario/possessore, della volontà di esercizio del possesso *uti dominus*, atteso che il possesso costituisce una situazione di fatto, non trasmissibile, di per

ad effetti reali o obbligatori: infatti, ai fini dell'usucapione, è comunque necessaria la situazione di possesso e non di detenzione, insussistente nel secondo caso<sup>161</sup>.

Le Sezioni Unite<sup>162</sup>, hanno anche recentemente ribadito che qualora la relazione di fatto sulla cosa sia esercitata inizialmente in dipendenza della stipulazione di un atto negoziale, occorrerà indagare se la suddetta relazione si configuri come possesso oppure come detenzione, dovendo, nella seconda ipotesi, l'occupante allegare e provare la trasformazione della detenzione in possesso utile *ad usucapionem*, ex art. 1141 c.c., comma 2. Segnatamente, per stabilire se in conseguenza di una convenzione (anche se inefficace o nulla, per difetto di requisiti di forma, oppure perché stipulata da *falsus procurator*) con la quale un soggetto riceve da un altro il godimento di un immobile si abbia possesso idoneo all'usucapione ovvero mera detenzione, occorre fare riferimento all'elemento psicologico del soggetto stesso ed a tal fine stabilire se la convenzione sia un contratto ad effetti reali o ad effetti obbligatori, in quanto solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare l'*animus possidendi* nell'indicato soggetto.

In altri termini, il discrimine è la natura del titolo in forza del quale è stato "operato" il trapasso, nei casi in cui il potere sulla cosa sia stato acquistato con la cooperazione del titolare, nel senso che se il titolo, pur invalido o inefficace, è astrattamente idoneo a trasferire la proprietà e la consegna fa seguito ad un accordo intercorso con i proprietari, è trasferito il possesso, dovendosi valorizzare anche l'operatività della presunzione prevista dall'art. 1141 c.c., comma 1, che riconosce - ove non sia offerta una prova contraria sull'inizio dell'esercizio della relazione di fatto a titolo di detenzione - l'applicabilità, per l'appunto, della presunzione della sussistenza del possesso in capo a colui che esercita il potere di fatto sul bene. Solo ove ricorrano dette condizioni, non occorre che sia provata l'interversione del possesso. Il meccanismo presuntivo del trasferimento del possesso del bene utile *ad usucapionem* in forza di negozio anche invalido, in base al citato orientamento, poi, presuppone necessariamente o che dal titolo risulti la contestuale *traditio* del bene stesso oppure che in ogni caso sia provato in causa dall'occupante che la *traditio* sia in concreto avvenuta in inscindibile collegamento causale con quel titolo.

Il possesso costituisce una situazione di fatto, non trasmissibile, di per sé, con atto negoziale separatamente dal trasferimento del diritto corrispondente al suo esercizio, sicché non opera la presunzione del possesso utile *ad usucapionem*, previsto dall'art. 1141 c.c., quando la relazione con il bene derivi da un atto o da un fatto del proprietario non corrispondente al trasferimento del diritto<sup>163</sup>.

Nel caso in cui la relazione con la cosa inizi a titolo di detenzione, il possesso *ad usucapionem* non può configurarsi finché non intervenga la c.d. *interversio possessionis*.

---

sé, con atto negoziale separatamente dal trasferimento del diritto corrispondente al suo esercizio, sicché non opera la presunzione del possesso utile *ad usucapionem*, prevista dall'art. 1141 c.c., quando la relazione con il bene derivi da un atto o da un fatto del proprietario non corrispondente al trasferimento del diritto.

<sup>161</sup> Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che, ravvisando l'esistenza di un preliminare di vendita, aveva escluso che l'utilizzo esclusivo del bene ed il compimento di atti di amministrazione, per la conservazione ed il miglioramento delle condizioni dell'immobile, integrasse un atto di interversione del possesso nei confronti del proprietario, e successivamente dei suoi eredi, idoneo al mutamento del titolo, venendo in rilievo una relazione con la "res" qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata che non poteva fondare un valido possesso "*ad usucapionem*" in capo all'avente causa.

<sup>162</sup> Cass. civ., sez. I, 07 giugno 2022, n. 18361, in Giust. civ. mass., 2022.

<sup>163</sup> Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 2021, n. 29594, in Guida al dir., 2021, 44, ha confermato la decisione di merito che, ravvisando l'esistenza di un contratto di comodato, aveva escluso che l'utilizzo esclusivo del bene ed il compimento di atti di amministrazione, per la conservazione ed il miglioramento delle sue condizioni, integrasse un atto di interversione del possesso nei confronti del proprietario, e successivamente dei suoi eredi, idoneo al mutamento del titolo.

L'interversione del possesso, che non può avvenire mediante un semplice atto di volizione interna, si deve estrinsecare in un fatto esterno, dal quale sia consentito desumere che il possessore *nomine alieno* ha cessato di possedere in nome altrui ed ha iniziato un possesso per conto ed in nome proprio. L'interversione, quindi, può anche realizzarsi mediante il compimento di attività materiali che manifestino inequivocabilmente l'intenzione di esercitare il possesso esclusivamente *nomine proprio*, purché risulti rivolta contro il possessore e cioè contro colui per conto del quale la cosa era detenuta, in guisa da rendere esteriormente riconoscibile all'avente diritto che il detentore ha cessato di possedere *nomine alieno* e che intende sostituire, alla precedente intenzione, l'*animus* di vantare per sé il diritto esercitato<sup>164</sup>.

Ai fini dell'interversione, quindi, è necessario che l'opposizione del detentore si espliciti in un atto con il quale lo stesso contrasti l'esercizio del possesso da parte del possessore<sup>165</sup>, non essendo sufficienti, però, meri atti di inadempimento rispetto al titolo legittimante la situazione di detenzione, ancorché qualificata<sup>166</sup>: è stato affermato che la mera mancata riconsegna del bene al comodante, nonostante le reiterate richieste di questi, a seguito di estinzione del comodato è inidonea a determinare l'interversione della detenzione in possesso, traducendosi nell'inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita, suscettibile, in sé, di integrare un'ordinaria ipotesi di inadempimento contrattuale all'obbligo restitutorio gravante per legge sul comodatario<sup>167</sup>.

### 3.3. IL PROBLEMA DELL'AMMISSIBILITÀ DELL'USUCAPIONE DA PARTE DELLA P.A.

Escluso che un'occupazione illegittima, pur collegata all'irreversibile trasformazione del bene, possa determinare l'acquisto della proprietà da parte dell'amministrazione, a fronte della permanenza del diritto di proprietà in capo al privato destinatario di un'illegittima espropriazione o occupazione con conseguente possibilità per costui di rivendicare la cosa "da chiunque la possiede o la detiene" (art. 948, comma 1, c.c.) senza termine di prescrizione (articolo 948, comma 3, c.c.) nonché di chiedere il risarcimento dei danni patiti, viene ad essere parimenti astrattamente applicabile, anche alla P.a.<sup>168</sup> il limite imposto dall'art. 948, comma 3, c.c. ai sensi del quale si fanno salvi gli effetti dell'acquisto della proprietà da parte di altri per

---

<sup>164</sup> Cass. civ., sez. II, 11 maggio 2022, n. 14976: la pronuncia ha esaminato una fattispecie nella quale il ricorrente, che aveva avuto dal padre la disponibilità di un immobile al fine di abitarlo con la propria famiglia fin dal 1976, aveva provveduto dapprima a costruire e poi a ristrutturare lo stesso in autonomia, sostenendone le spese in via esclusiva e pagando le relative tasse e tale condotta, diversamente da quanto affermato dal giudice di merito è atto potenzialmente idoneo, al pari dell'attività edificatoria, a mutare la detenzione in possesso. Dal contenuto della sentenza, tuttavia, non risulta che sia stata compiutamente valutata l'idoneità della condotta del ricorrente a mutare la detenzione in possesso, né che sia stata accertata, a fronte della attività di ristrutturazione dell'immobile, la sussistenza di consenso, tolleranza, ovvero dissenso paterno, indagine necessaria al fine di escludere, come è stato invece fatto, l'interversione del possesso.

<sup>165</sup> Cass. civ., 11 aprile 2019, n. 10186, in Giur. it., 2020, c. 1356, con nota di M. DELL'UTRI, *Sull'acquisto del possesso: a margine di un caso di intervensione*.

<sup>166</sup> Ad es., Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2016, n. 26327, in Giust. civ. mass., 2017, ha escluso l'interversione nel possesso, da parte del conduttore ed ex proprietario del bene poi espropriato, osservando, da un lato, che la stipula di contratti di locazione e la percezione dei relativi canoni, lo svolgimento di opere di manutenzione e la gestione delle utenze, erano tutte condotte non rivolte nei confronti del soggetto espropriante, e, dall'altro, che la proposizione del giudizio di opposizione alla stima e della domanda di retrocessione dell'immobile erano atti comportanti il riconoscimento del diritto di quest'ultimo.

<sup>167</sup> Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8213, in Giust. civ. mass., 2016.

<sup>168</sup> L'usucapione viene in esame come unico mezzo "materiale" (non postulante, cioè, l'esercizio di poteri amministrativi da parte dell'Amministrazione occupante) idoneo a ricondurre al sistema di cui agli artt. 922 e ss. c.c. un fatto "permanentemente illecito", la P.a. potendo divenire proprietaria a titolo originario dell'immobile quale conseguenza del suo possesso protratto per vent'anni e conseguente limite all'azione restitutoria da parte del privato. In tema si veda CGARS, 14 gennaio 2013, n. 9, in Urb. e app., 2013, 7, 829 e ss. con nota di S. MIRATE.

usucapione – sia per l'esigenza di "disciplinare" l'uso del bene privato compiuto dall'amministrazione per lunghi periodi di tempo, si è posta la necessità di comprendere in che termini possa operare l'usucapione acquisitiva in favore dell'amministrazione considerata dalla giurisprudenza di primo grado quale "valvola di sicurezza" del sistema<sup>169</sup>.

Peraltro, sotto il profilo "pratico", la pacifica retroattività degli effetti dell'usucapione<sup>170</sup>, in quanto acquisto a titolo originario, comporterebbe il sostanziale venir meno della rilevanza della illegittimità e illiceità dell'occupazione da parte della P.a., estinguendosi così non solo ogni sorta di tutela reale spettante al proprietario del fondo, ma anche quelle obbligatorie tese al risarcimento dei danni subiti.

Il compimento dell'usucapione, infatti, estingue tanto le forme di tutela reale, quanto quelle obbligatorie per il risarcimento del danno provocato al proprietario del fondo per il ventennale possesso del diritto fino a usucapirlo. La Cassazione<sup>171</sup> ha spiegato le ragioni di tale effetto estintivo: l'accertamento dell'avvenuta usucapione esclude il presupposto del risarcimento da illecito, retroagendo gli effetti dell'usucapione, quale acquisto del diritto reale a titolo originario, al momento dell'iniziale esercizio della relazione di fatto con il fondo altrui, togliendo *ab origine* il connotato di illiceità al comportamento di chi abbia usucapito; tutti i comportamenti tenuti dall'usucapiente rispetto al bene posseduto, durante il tempo necessario all'acquisto, devono, quindi, considerarsi esercizio del diritto poi acquistato in virtù del possesso.<sup>172</sup>

L'orientamento assolutamente prevalente<sup>173</sup>, sebbene non pacifico, in dottrina e giurisprudenza, sia civile che amministrativa, propende per l'applicabilità dell'usucapione in favore della P.a., pure con riferimento alle procedure espropriative, ancorché entro alcuni limiti e a fronte di determinati presupposti.

Il punto di partenza dell'orientamento in questione è che la Pubblica Amministrazione possiede capacità giuridica di diritto privato, sicché sarebbe arbitrario negarle la possibilità di usucapire beni altrui; e ciò, non soltanto nelle ipotesi in cui l'Amministrazione inizi ad occupare un bene "*iure privatorum*", ma anche laddove l'Amministrazione abbia iniziato ad intrattenere una relazione materiale con il detto bene "*iure imperii*" (come nel caso di intrapresa procedura espropriativa)<sup>174</sup>.

Sotto altro profilo, poi, si è sottolineato<sup>175</sup> come l'usucapione consenta di ricondurre nel sistema degli artt. 922 e ss. c.c. una vicenda fino ad allora connotata da lata illiceità, l'amministrazione, divenendo proprietaria a titolo originario dell'immobile con "effetti retroattivi"<sup>176</sup>, sin dal momento dell'iniziale esercizio della relazione di fatto con il fondo altrui, venendo meno "*ab origine*" il connotato di illiceità del comportamento della P.A. che occupava "*sine titulo*" il bene poi usucapito<sup>177</sup>.

---

<sup>169</sup> Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015 n. 735, cit.; F. TAORMINA, *L'usucapione pubblica conseguente ad una procedura espropriativa illegittima*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>170</sup> Sulla portata retroattiva dell'usucapione vi è univocità di indirizzo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: *ex plurimis*, Cass. civ., sez. II, 28 giugno 2000 n. 8792, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1325; Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4434, in *Guida al dir.*, 2009, 15, 65; Cass. civ., sez. I, 4 luglio 2012 n. 11147, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 5, I, 1119.

<sup>171</sup> Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015 n. 735, cit.

<sup>172</sup> Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2009 n. 4434, cit.

<sup>173</sup> CGARS, 14 gennaio 2013, n. 9, in *Urb. e app.*, 7/2013, 829 e ss. con nota di S. MIRATE.

<sup>174</sup> Si veda F. TAORMINA, *op. cit.*

<sup>175</sup> CGARS, 14 gennaio 2013, n. 9, cit.

<sup>176</sup> Sulla portata retroattiva dell'usucapione vi è univocità di indirizzo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., 28 giugno 2000 n. 8792; Cass., 4 luglio 2012 n. 11147), ma non anche nella dottrina ove, seppure con tesi minoritaria, è stata sostenuta l'irretroattività dell'acquisto.

<sup>177</sup> Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2009, n. 4434, cit..

Secondo questo orientamento, l'usucapione non si porrebbe in contrasto con i principi della giurisprudenza della Corte EDU perché l'acquisto della proprietà è ancorato ad una disciplina generale prevista dalla legge per tutti i soggetti, e non speciale per la P.a. o *praeter legem*.

Come più sopra accennato, nel periodo di vigenza "pretoria" dell'istituto della c.d. accessione invertita, in specie quando è stata poi enucleata la figura dell'occupazione usurpativa, era ammessa la possibilità della P.a. di usucapire la proprietà del privato, alle condizioni previste dalla disciplina civilistica, nel caso, appunto, di occupazione usurpativa<sup>178</sup>, ovvero di forme di occupazione che, ad es., non essendo caratterizzate da una radicale ed irreversibile trasformazione del bene occupato, non davano luogo all'effetto immediatamente costitutivo/estintivo del diritto di proprietà in capo alla P.a., proprio dell'occupazione acquisitiva.

Nella vigenza della c.d. accessione invertita, invece, come detto, un problema di usucapione era esclusa del tutto in caso di vera e propria occupazione acquisitiva proprio perché non occorre aspettare il decorso dei venti anni.

Venuta meno l'occupazione acquisitiva, per le ragioni sopra ricordate, quindi, in giurisprudenza, così come in dottrina, si è affrontato il problema degli strumenti attraverso i quali la P.a., a fronte di un'occupazione illegittima, può acquisire la proprietà del bene occupato.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 9 febbraio 2016, n. 2<sup>179</sup> ricostruito il quadro dei condivisibili principi elaborati dalla Corte costituzionale<sup>180</sup>, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione<sup>181</sup> e dal Consiglio di Stato<sup>182</sup>, all'interno della cornice di tutele delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per contrastare il fenomeno delle espropriazioni indirette del diritto di proprietà o di altri diritti reali<sup>183</sup>, ha affermato che, in linea generale, quale che sia la sua forma di manifestazione (vie di fatto, occupazione usurpativa, occupazione acquisitiva), la condotta illecita dell'amministrazione incidente sul diritto di proprietà non può comportare l'acquisizione del fondo e configura un illecito permanente ex art. 2043 c.c., con la conseguente decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dalla proposizione della domanda basata sull'occupazione *contra ius*, ovvero, dalle singole annualità per quella basata sul mancato godimento del bene - che viene a cessare solo in conseguenza: a) della restituzione del fondo; b) di un accordo

---

<sup>178</sup> In tal caso, «la possibilità per il proprietario di rivendicare, indipendentemente dall'intervenuta attività manipolativa, il bene e riacquistarne il possesso, che costituisce il suo principale diritto – al quale l'azione risarcitoria si pone come mera opzione alternativa - evidentemente incontra i limiti di qualsiasi azione di rivendica, compreso quelli dell'eccezione di usucapione sollevata dalla parte pubblica convenuta», Cass. civ., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11147 in Giust. civ. mass., 2012, 7-8, 878. La p.a., cioè, veniva ritenuta alla stregua di qualsivoglia altro soggetto privato il quale occupando un bene immobile esercitasse sul medesimo lo *jus possessionis*, che, protrattosi per vent'anni, produce l'acquisto a titolo originario della proprietà del bene illegittimamente occupato, con conseguente estinzione in capo al privato della tutela reale e di quella obbligatoria per il risarcimento del danno. Si veda ad esempio Cass. civ., sez. II, 25 marzo 1998, n. 3153, in Urb. e app., 1998, 733, relativa all'occupazione *sine titulo* di un fondo privato per l'installazione di un elettrodotto. Sull'usucapione a favore della p.a., ma con riferimento ad una servitù di uso pubblico (esecuzione di una condotta idrica interrata), Cass. civ., sez. un., 3 ottobre 2011, n. 20138, in Urb. e app., 2011, 1310, con commento di G. DE MARZO, *Occupazione illegittima, costituzione di servitù e usucapione*.

<sup>179</sup> Cons. Stato, ad. plen., 09 febbraio 2016, n. 2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>180</sup> In particolare, la sentenza n. 71 del 2015, cit., con riguardo all'art. 42 *bis* Tresp.

<sup>181</sup> Con riferimento a Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, cit..

<sup>182</sup> Si vedano, Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4777, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); id., 21 settembre 2015, n. 4403, ibidem; id., 26 agosto 2015, n. 3988, ibidem; id., 27 aprile 2015, n. 2126, ibidem; id., 3 luglio 2014, n. 3346, ibidem.

<sup>183</sup> *Ex plurimis*, Corte Edu, sez. II, 3 giugno 2014, Rossi e Variale; Sez. II, 14 gennaio 2014, Pascucci; Sez. II, 5 giugno 2012, Immobiliare Cerro; Grande Camera, 22 dicembre 2009, Guiso; Sez. II, 6 marzo 2007, Scordino; Sez. III, 12 gennaio 2006, Sciarrotta; Sez. II, 17 maggio 2005, Scordino; Sez. II, 30 maggio 2000, Soc. Belvedere alberghiera; Sez. II, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura.

transattivo; c) della rinuncia abdicativa da parte del proprietario implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente monetario a fronte della irreversibile trasformazione del fondo; d) di una compiuta usucapione, ma solo nei ristretti limiti perspicuamente individuati dal Consiglio di Stato allo scopo di evitare che sotto mentite spoglie (i.e. alleviare gli oneri finanziari altrimenti gravanti sull'Amministrazione responsabile), si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu<sup>184</sup>, dunque a condizione che: I) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta; II) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*; III) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. espr. (30 giugno 2003) perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il giorno in cui il diritto può essere fatto valere; e) di un provvedimento emanato ex art. 42 *bis* Tuesp..

L'ipotesi sub c) che precede, come noto, è stata superata dalle successive sentenze nn. 2 e 4 del 2020 dell'Adunanza Plenaria<sup>185</sup>, sì che la rinuncia abdicativa/traslativa non rientra, secondo il Consiglio di Stato, tra i rimedi esperibili avverso un'occupazione illegittima.

Per quanto concerne l'usucapione da parte della P.a., invece, in linea con quanto affermato, pur senza particolari motivazioni *in parte qua*, dall'Adunanza Plenaria, la prevalente giurisprudenza successiva, sia di legittimità che civilistica, ha confermato l'applicabilità dell'istituto dell'usucapione anche alle ipotesi di occupazione abusiva posta in essere dalla P.a., sia nell'ambito di una procedura espropriativa, sia al di fuori della stessa, ancorché nei limiti indicati dall'Adunanza Plenaria<sup>186</sup>.

La Corte di Cassazione<sup>187</sup>, in tema, ha ricordato che la sentenza delle Sezioni Unite 19 gennaio 2015, n. 735, pur escludendo, in conformità al principio enunciato dalla Corte Edu secondo cui l'espropriazione deve sempre avvenire "in buona e debita forma", che vi possa essere acquisto della proprietà pubblica per effetto della trasformazione del bene privato illecitamente acquisito (poco importa se in difetto di dichiarazione di pubblica utilità o dopo la sua decadenza<sup>188</sup>) non ha affatto rifiutato diritto di cittadinanza in *subiecta materia* all'istituto dell'usucapione. Ciò in quanto una cosa è che l'occupazione e la trasformazione del fondo occupato producano di per sé l'acquisto del diritto di proprietà (o altro diritto reale) in capo alla Pubblica Amministrazione, evenienza sicuramente esclusa dalla giurisprudenza della Corte EDU e delle Sezioni Unite; altra, e ben diversa, è escludere che il prolungato possesso del bene, pur illecitamente

---

<sup>184</sup> Cons. Stato, sez. IV, 03 luglio 2014, n. 3346, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); id., 26 agosto 2015, n. 3988, ibidem.

<sup>185</sup> Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 2020, nn. 2 e 4, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>186</sup> Solo in questi ristretti limiti è ammissibile l'acquisizione mediante usucapione, volendosi in tal modo evitare che sotto mentite spoglie si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 Cedu, laddove tale normativa va intesa come parametro interposto di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost., e, dunque, impone di riconoscere che l'ablazione autoritativa del diritto di proprietà non possa predicarsi al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante, Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2018, n. 2396, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>187</sup> Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2022, n. 17017, Giust. civ. mass., 2022.

<sup>188</sup> A seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, con la sentenza n. 735 del 2015, cit., ogni distinzione tra occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa, a seconda della presenza o meno di una dichiarazione di pubblica utilità, che comportava diverse conseguenze sul piano economico ed anche dell'individuazione del momento di consumazione dell'illecito (momento dell'irreversibile trasformazione del suolo con la realizzazione dell'opera pubblica o il momento della proposizione della domanda risarcitoria), è stata superata e deve, dunque, parlarsi, in entrambi i casi, di occupazione abusiva o illegittima *tout court*, essendo la relativa domanda risarcitoria caratterizzata da una medesima *causa petendi*, rappresentata da un illecito a carattere permanente, cosicché l'atto abdicativo del diritto dominicale va ricollegato alla proposizione della domanda di risarcimento per equivalente, in riferimento al quale va operata la stima del bene distrutto (Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2018, n. 12961, in Giust. civ. mass., 2018).

acquisito, goduto *uti dominus* nell'inerzia del proprietario per un ventennio, possa produrre l'acquisto della proprietà ex art. 1158 c.c., ricorrendone tutte le condizioni e i presupposti<sup>189</sup>.

Le Sezioni Unite<sup>190</sup>, al riguardo, hanno affermato che, sul piano sostanziale, l'usucapione da parte della P.A. trova chiaro, solido e coerente fondamento legale nel combinato disposto degli artt. 1158 e 922 c.c. e ciò la rende compatibile con quanto prescritto dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte Edu a tutela del privato proprietario con le citate sentenze. L'istituto è disciplinato come un modo di acquisto della proprietà senza condizione e senza distinzioni riconducibili alla tipologia soggettiva delle parti coinvolte, comprendendo così nella platea dei destinatari anche l'ente pubblico che, a parità di armi con il privato cittadino, agisca in giudizio invocando la tutela delle suddette norme. Pertanto il prolungato possesso del bene, anche illecitamente acquisito dalla P.A., goduto *uti dominus* nell'inerzia del proprietario per un ventennio, ben può produrre l'acquisto della proprietà ex art. 1158 c.c., purché ne ricorrano tutte le condizioni e i presupposti.

Dunque, secondo le Sezioni Unite, l'analisi va condotta alla stregua della matrice privatistica e la compatibilità dell'usucapione civilistica con il parametro convenzionale costituito dall'art. 1 prot. add. n. 1 CEDU è assicurata dalla sua solida e certa base legale, che impone la previa qualificazione giuridica della relazione fattuale iniziale con il bene, secondo i criteri costantemente individuati dalla Cassazione medesima, e di seguito l'attenta selezione delle attività compiute dall'occupante - soggetto pubblico -, con rigorosa esclusione di ciò che sia direttamente riconducibile all'eventuale pregresso esercizio di pubblico potere, onde evitare l'abuso di situazioni di vantaggio e la configurabilità di "espropriazione larvata" da parte della P.A..

Va dato conto, comunque, di come un dubbio - non proprio peregrino - sull'invocabilità dell'usucapione da parte della P.a. sia stato sollevato in dottrina e giurisprudenza, o, comunque, sia pure larvatamente, emerga da alcune pronunce anche del Consiglio di Stato, sia pure nella forma dell'*obiter dictum*.

Non è inusuale, infatti, imbattersi, leggendo le decisioni in materia, in espressioni come la seguente «..il Collegio, richiamando plurime sentenze di questa stessa Sezione<sup>191</sup>...nelle quali sono già state compiutamente esposte le motivazioni che non consentono di condividere la tesi della predicabilità sistematica di una "usucapione pubblica" che si innesti su un procedimento espropriativo ...».

In altre decisioni, poi, si adombra in modo più marcato il problema del rapporto tra usucapione e "espropriazione larvata"<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> Cass. civ., sez. I, 02 luglio 2021, n. 18791, in Giust. civ. mass., 2021.

<sup>190</sup> Cass. civ., sez. I, 07 giugno 2022, n. 18361, in Giust. civ. mass., 2022.

<sup>191</sup> Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4096, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 03 luglio 2014, n. 3346, ibidem; id., 26 agosto 2015, n. 3988, ibidem.

<sup>192</sup> Cons. Stato sez. IV, 11 settembre 2020, n. 5430, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 03 luglio 2014, n. 3346, cit., ha ritenuto assai discutibile la teorizzata usucapibilità di beni illecitamente occupati dall'Amministrazione: e ciò sia alla luce dell'ampia nozione di violenza del possesso elaborata dalla giurisprudenza (ex multis Cass. civ., sez. II, 7 dicembre 2012, n. 22174, in Giust. civ. mass., 2012) laddove si è sostenuta la presunzione di volontà contraria del possessore ove manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso, quanto soprattutto in relazione alla assai dubbia compatibilità con l'art. 1 del Protocollo Addizionale della CEDU. Predicare che l'apprensione materiale del bene da parte dell'Amministrazione al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un procedimento sanante (art. 42 bis, d.p.r. n. 327 del 2001) possa essere qualificata idonea ad integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'acquisto per usucapione, rischierebbe di reintrodurre nell'ordinamento interno forme di espropriazione indiretta o larvata. E, per soprammercato, non onerose per l'Amministrazione, dal momento che la c.d. retroattività reale dell'usucapione estinguerebbe anche ogni pretesa risarcitoria.

Prima della sentenza dell'Adunanza Plenaria, poi, in alcune decisioni<sup>193</sup> il Consiglio di Stato aveva affermato che la possibilità per la Pubblica Amministrazione di acquisire *ad usucapionem* la proprietà di un bene anche in caso di occupazione abusiva fosse «un esercizio di equilibrismo interpretativo»<sup>194</sup>.

In particolare, il Consiglio di Stato<sup>195</sup> aveva affermato che «una ultima considerazione deve essere permessa, sul punto: l'Amministrazione, nel prospettare l'eccezione di maturata usucapione sostiene in sintesi che negando tale facoltà in capo alla medesima, essa riceverebbe un trattamento "discriminatorio" rispetto al privato (che può usucapire i beni). Nessuna delle considerazioni della difesa erariale tese a criticare il convincimento della Sezione<sup>196</sup>... appare persuasiva. Invero il Collegio non può negare che l'Amministrazione (art. 42 della Costituzione) può validamente usufruire di tutti i modi di acquisto della proprietà, e può divenire proprietaria di un bene al pari del privato; può "essere" proprietaria, al pari dei privati (la tripartizione dei beni in mano pubblica è approdo di risalente tradizione che non si revoca certo in dubbio, pertanto l'amministrazione può essere titolare di beni a titolo di dominio privatistico). Ciò che l'Amministrazione oblia, però, è che essa, per espropriare un bene in mano a privati, esercita una potestà di imperio pubblicistica; "affievolisce" (per usare un termine ormai quasi desueto) la posizione soggettiva attiva del privato; si giova di poteri –che devono essere esercitati legittimamente- ad essa sola consentiti. Sarebbe incongruo, in carenza di alcun espresso referente normativo, che dall'esercizio illegittimo di poteri di imperio essa possa ricavare un utile riposante nel divenire proprietaria del bene senza erogare al privato spogliato alcunché. Non v'è alcuna *par condicio* da garantire, perché la posizione dell'Amministrazione (che si avvale di poteri di imperio) e quella del privato proprietario sono quanto di più disomogeneo si possa immaginare. Semmai, oltre alle considerazioni tecniche prima formulate, sotto il profilo della complessiva coerenza sistematica non si vede come ritenere coerente con l'art. 97 della Costituzione la fattispecie in cui un soggetto pubblico iure imperii sottragga il bene ad un privato; ciò faccia in forza di atti illegittimi; e per soprammercato divenga poi proprietaria *iure privatorum* e non indennizzi il privato del pregiudizio subito».

In dottrina<sup>197</sup>, al riguardo, si è valorizzata l'introduzione dell'istituto, si potrebbe dire, "totalizzante", sotto il profilo dell'acquisto "in via unilaterale" della proprietà privata da parte della P.a., dell'art. 42 *bis* Tresp.

Fermo che l'usucapione è prevista in via generale da una legge "ordinaria" e non possiede copertura costituzionale, infatti, si è sottolineato come fino alla immissione nel sistema di disposizioni – aventi rango legislativo- che prevedono una forma di provvedimento "tipico" per l'acquisizione di beni illegittimamente occupati si sarebbe forse potuta affermare la positiva predicabilità della usucapione "pubblica"

---

<sup>193</sup> Cons. Stato, n. 3346 del 2014 cit., e id., 26 agosto 2015, n. 3988, cit..

<sup>194</sup> Si è altresì sottolineato che l'occupazione illegittima di un fondo da parte della P.A. e la conseguente trasformazione di un bene privato, al di fuori di una legittima procedura espropriativa o di un provvedimento ex art. 42 *bis* Tresp, costituisce illecito permanente e non è idonea ad integrare il requisito del possesso utile ai fini dell'usucapione, poiché altrimenti si finirebbe con il reintrodurre nell'ordinamento interno forme di espropriazione indiretta o larvata, in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, in questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2017, n. 3838, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>195</sup> Cons. Stato, sez. IV, 1 settembre 2015, n. 4096, cit..

<sup>196</sup> In passato espresso proprio da Cons. Stato, n. 3346 del 2014, cit..

<sup>197</sup> F. Taormina, *op. cit.*, 32 e ss., il quale richiama anche una pronuncia della Corte di Strasburgo, resa dalla IV sezione nella controversia J.A. Pye Ltd. v. the United Kingdom che ha giudicato la normativa inglese in tema di *adverse possession*, allora in vigore non conforme con l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1 alla Conv. eur. dir. uomo, perché non prevedeva un ragionevole indennizzo né meccanismi procedurali in favore del proprietario, come ad esempio un preventivo avvertimento da parte del possessore che sta per decorrere il termine dell'usucapione. Sebbene la decisione appena richiamata sia stata riformata in seguito dalla Grande Camera il precedente possiede rilevanza a fini ricostruttivi non potendosi escludere peraltro che in futuro la Corte di Strasburgo possa mutare orientamento: anche sull'istituto dell'occupazione appropriativa, infatti, la Corte di Strasburgo si era espressa inizialmente in modo favorevole.

conseguente ad una procedura espropriativa divenuta illegittima; diversamente, oggi ciò non potrebbe essere più consentito, perché colliderebbe con il principio di tipicità o nominatività degli atti amministrativi. Le disposizioni che hanno immesso nel sistema gli istituti di cui agli artt. 43 e 42 *bis*, d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, sono successive alle norme del codice civile (queste ultime aventi parimenti rango di legge ordinaria) che regolano l'usucapione; il canone applicabile sarebbe quello per cui *lex posterior derogat legi priori*. Di più: nel caso di specie, la legge speciale posteriore (speciale in quanto regolerebbe la fattispecie unicamente con riferimento alle condotte delle Pubbliche amministrazioni) derogherebbe alla legge generale antecedente (il codice civile, che appunto prevede l'istituto della usucapione): ad oggi, quindi, l'usucapione "pubblica" resterebbe ammissibile laddove ci si trovi al cospetto di un'azione dell'amministrazione giammai connotata dall'esercizio di un potere pubblicistico (in tali casi, la posizione "di partenza" non è dissimile a quella di un qualsiasi privato, né l'acquisto per *usucapio* "surrogerebbe" un -inammissibile- provvedimento "tipico" ex art. 42 *bis*, d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327), ma non anche nei casi in cui essa abbia acquistato lo *status detentionis* attraverso la spendita di un potere pubblicistico, seppur radicalmente illegittimo.

A tal riguardo, la presenza e la portata sostanzialmente onnicomprensiva dell'art. 42 *bis* (applicabile a qualunque ipotesi di "occupazione illegittima", anche "usurpativa c.d. pura"), non solo attribuisce un "potere" in capo alla P.a. che le consente di acquisire unilateralmente il bene in proprietà solo e nei limiti di stringenti valutazioni e un bilanciamento degli interessi in gioco, anche a rilevante distanza di tempo, ma le impone anche il dovere di effettuare questa valutazione per "risolvere", sia pure *ex nunc*, una situazione non solo illegittima, ma, come detto, "permanentemente illecita".

Non si può porre un problema, cioè, di un'asserita discriminazione a danno della P.a. in caso di esclusione dell'usucapione rispetto al privato, perché quest'ultimo non può "espropriare" la proprietà altrui in via unilaterale di imperio, sì che, già in partenza, le posizioni nascono asimmetriche.

Non solo, ma seppure non si discute che il privato e la P.a. condividono il generale dovere di *neminem ledere*, sì che in teoria l'effetto derogatorio dell'usucapione che consente di trarre beneficio da un illecito (quale un possesso *sine titulo*) potrebbe applicarsi anche all'Amministrazione, non va dimenticato come sulla P.a. gravi il ben più pregnante principio di buon andamento ex art. 97 Cost., in relazione al quale potrebbe porsi il quesito se sia corretto e adeguato il comportamento finalizzato a "sfruttare" l'inerzia del privato in modo da "aspettare" la decorrenza del termine di usucapione senza esercitare il potere-dovere dell'art. 42 *bis*, rischiando, d'altronde, che a fronte di un'azione giudiziaria finalizzata ad ottenere un provvedimento ex art. 42 *bis* (o anche un'azione restitutorio/rivendicativa e risarcitoria) esperita 19 anni e 364 giorni dopo l'inizio del possesso *ad usucapionem*, la medesima P.a. venga ad emettere (perché necessario o più confacente agli interessi pubblici prevalenti su quelli privati) un provvedimento di acquisizione con correlato obbligo di pagamento dell'indennità di gran lunga più oneroso nella sua componente risarcitoria che se fosse stato emesso a ridosso dell'avvenuta occupazione.

Sotto altro profilo, il potere espropriativo unilaterale in capo alla P.a. - che il privato nei confronti di altro privato non può esercitare -, tanto nell'art. 42 Cost., quanto nella normativa internazionale, rilevante sul piano interno ex art. 117 Cost., viene riconosciuto a fronte non solo di espresse previsioni legislative, ma anche a fronte di un adeguato ristoro in favore del privato: la P.a., cioè, per quanto abbia una capacità di diritto privato e possa agire mediante atti non autoritativi e paritetici, come se fosse un privato, non è orientata nel proprio agire, a differenza di quest'ultimo, da interessi individuali "egoistici", ma anche l'attività paritetica è comunque funzionalizzata alla miglior tutela dell'interesse pubblico nel bilanciamento di tutti gli altri interessi in gioco.

Pare allora stridente il fatto che, da un lato, il legislatore abbia avuto la premura di introdurre uno strumento caratterizzato da una significativa, ma stringente, discrezionalità nell'adottare il provvedimento di acquisizione - dovendo prima valutare bene la P.a. la possibilità di alternative differenti quali la restituzione - in ogni caso subordinata al riconoscimento di un adeguato indennizzo con significativa componente risarcitoria, e, dall'altro lato, la P.a. possa comunque "sfruttare" l'inerzia del privato in modo da usucapire la proprietà azzerando al contempo, in forza dell'effetto retroattivo dell'istituto, qualunque tutela anche solo indennitaria.

Ciò tanto più se si considera che l'usucapione, secondo l'orientamento prevalente è un effetto del possesso "rinunciabile"<sup>198</sup>, cosa che rende potenzialmente non prevedibile l'azione della P.a., con conseguente potenziale violazione dei principi veicolati dalla Corte Edu e ripetutamente affermati in relazione all'occupazione acquisitiva.

Gli spunti di riflessione che precedono, comunque, nulla tolgono al fatto che, come detto, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza e dottrina l'usucapione da parte della P.a. è ammissibile, con i distinguo e alle condizioni di seguito esposte.

### 3.4. I PRESUPPOSTI E I LIMITI PER L'USUCAPIONE DA PARTE DELLA P.A. <sup>199</sup>

Al riguardo, occorre partire nuovamente dall'Adunanza Plenaria 9 febbraio 2016, n. 2 che, come sopra detto, nell'individuare l'usucapione quale ipotesi di cessazione dell'illecito permanente occupatorio, ha affermato che l'istituto va applicato solo entro ristretti limiti, allo scopo di evitare che si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu, e, quindi, a condizione che<sup>200</sup>:

I. si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*;

II. sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta;

III. si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del Tresp (30 giugno 2003) perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Le indicazioni dell'Adunanza Plenaria sono state sostanzialmente ribadite dalla giurisprudenza amministrativa successiva con le precisazioni che seguono<sup>201</sup>.

I. In primo luogo occorre accertare se e quando la P.a. ha effettivamente cominciato ad esercitare un "possesso" *ad usucapionem*.

Questo impone di analizzare quale sia la situazione di fatto instaurata dalla P.a. che occupa il bene (a prescindere che dal fatto che le opere siano o meno realizzate) e, nel caso di qualificazione in termini di

---

<sup>198</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. II, 28 luglio 2021, n. 21612, Giust. civ. mass., 2021.

<sup>199</sup> In generale, si veda A. GALLO, *Usucapione della p.a. e prospettive di tutela del privato*, in Foro amm. CdS, 2013, 3563 e S. MIRATE, *Occupazioni illegittime, acquisizione sanante e usucapione a favore della p.a.*, in Urb. e app., 7/2013, 829 ss.

<sup>200</sup> Si tratta di presupposti ribaditi dalla giurisprudenza amministrativa successiva, come, ad es., Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2021, n. 4790, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>201</sup> Tra le altre, si veda Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 460, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

possesso, se esso sia effettivamente un “possesso utile” ai fini dell’usucapione, o, in caso di detenzione, se e quando possa configurarsi una *interversio possessionis*.

Come si è compreso da quanto sin qui esposto, infatti, i comportamenti occupatori sono un fenomeno articolato.

La P.a., infatti, può occupare il fondo di proprietà del privato con comportamento di mero fatto, cioè in totale assenza di una procedura espropriativa in atto, ovvero in mancanza di un vincolo preordinato all’esproprio o dichiarazione di pubblica utilità.

In questo caso, non si dubita che si tratti di una situazione di possesso, venendo in gioco una fattispecie di c.d. occupazione usurpativa pura, in relazione alla quale, come accennato, anche nella vigenza dell’accessione invertita era ammissibile l’usucapione.

D’altronde, non è detto si tratti di un possesso comunque “utile” *ad usucapionem*, perché, come più sopra ricordato, oltre ad essere acquisito in modo non violento, né clandestino, deve anche essere “esclusivo”, cioè deve esplicitarsi attraverso un’attività apertamente contrastante e inoppugnabilmente incompatibile con il possesso altrui, sì che non residuino rilevanti poteri di godimento e disposizione in capo al proprietario, gravando l’onere della relativa prova su colui che invochi l’avvenuta usucapione del bene<sup>202</sup>.

Infatti, è stato anche affermato, in passato, che per l’acquisto della proprietà per usucapione, che trova il suo fondamento in una situazione di fatto caratterizzata, da un lato, dal mancato esercizio delle potestà dominicali da parte del proprietario e, dall’altro, dalla prolungata signoria di fatto sullo stesso bene da parte di altri che si sostituisca al proprietario nell’utilizzazione del bene medesimo, l’inerzia del proprietario si manifesta nel mancato esercizio di dette potestà e nella mancata sua reazione contro il potere di fatto esercitato sull’immobile dal possessore, laddove l’esercizio dei poteri dominicali vale a rendere di per sé equivoco e non pacifico il possesso altrui ed impedisce che questo aderisca al contenuto del diritto di proprietà e la conseguente usucapibilità di tale diritto<sup>203</sup>.

Nel caso, invece, di occupazione effettuata a seguito di provvedimenti ed atti “introduttivi” del procedimento espropriativo, per di più in forza di un provvedimento espresso di occupazione di urgenza ex art. 22 *bis*, comma 6, Tusp senza che, però, la procedura espropriativa si concluda nei termini, si ritiene che venga in esame un’ipotesi di detenzione e non di possesso, il che implica, ai fini dell’usucapione, la necessità di un atto di interversione del possesso ai sensi dell’art. 1141, comma 2, c.c.

Più precisamente, è stato sottolineato che, in tema di occupazione illegittima, l’acquisizione del fondo, nei casi in cui il potere di fatto sulla cosa sia esercitato inizialmente dalla P.A. come detenzione - in presenza di validi provvedimenti amministrativi (dichiarazione di p. u., decreto di occupazione d’urgenza, ecc.) -, occorre l’allegazione e la prova da parte della P.A. della trasformazione della detenzione in possesso utile “*ad usucapionem*”, ex art. 1141 c.c., comma 2, cioè il compimento di idonee attività materiali di opposizione specificamente rivolte contro il proprietario-possessore, non essendo sufficienti né il prolungarsi della detenzione, né il compimento di atti corrispondenti all’esercizio del possesso che di per sé

---

<sup>202</sup> Secondo Cass. civ., sez. II, 03 novembre 2021, n. 31238, in Giust. civ. mass., 2021, ai fini dell’usucapione è, infatti, necessaria la manifestazione del dominio esclusivo sulla *res* da parte dell’interessato attraverso un’attività apertamente contrastante e inoppugnabilmente incompatibile con il possesso altrui, gravando l’onere della relativa prova su colui che invochi l’avvenuta usucapione del bene. L’aver utilizzato il terreno per il deposito di materiale ferroso, in assenza di un atto apprensivo della proprietà, è inidoneo al possesso *ad usucapionem*, perché, di per sé, non esprime, in modo inequivocabile, l’intento di possedere, occorrendo, invece, che tale attività materiale, corrispondente all’esercizio del diritto di proprietà, sia accompagnata da univoci indizi, i quali consentano di presumere che essa è svolta *uti dominus*.

<sup>203</sup> Cass. civ., sez. II, 18 maggio 1988, n. 3464, in Giust. civ. mass., 1988, 5.

denunciano unicamente un abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene<sup>204</sup>.

Durante il periodo di occupazione legittima del bene preordinata alla realizzazione dell'opera pubblica, si ritiene configurabile una situazione di mera detenzione perché con l'emanazione dell'atto autorizzatorio all'occupazione l'autorità procedente riconosce l'esistenza di un altrui diritto dominicale sul terreno e, quindi, non esercita un potere di fatto corrispondente al diritto di proprietà.

Le facoltà proprietarie, il cui esercizio viene presupposto dall'istituto dell'usucapione, in altre parole, non sarebbero esercitabili dall'Ente espropriante durante il periodo di occupazione legittima del bene preordinata alla realizzazione dell'opera pubblica.

Per quanto la giurisprudenza faccia riferimento alla "legittimità" dei provvedimenti, deve ritenersi applicabile l'insegnamento che precede anche alle ipotesi in cui i provvedimenti e gli atti della procedura siano efficaci ancorché invalidi e, quindi, annullati solo successivamente alla intervenuta occupazione, ovvero anche divenuti successivamente inefficaci, in quanto, in tali casi, la situazione anche solo temporanea di efficacia, venendo in gioco un atto di esercizio effettivo del potere da parte della P.a., pare fondata su un "titolo" giustificativo del godimento.

Un dubbio, invece, sorge nel caso di provvedimento nullo: fermo quanto più sopra detto in punto giurisdizione in caso di azioni risarcitorie relative a comportamenti occupatori posti in essere in forza di provvedimenti nulli, con riferimento alla natura della situazione di fatto che dall'occupazione discende non può non sottolinearsi che in linea di principio l'atto o provvedimento nullo non solo non è valido, ma sul piano giuridico potrebbe dubitarsi essere efficace posto che *quod nullum est nullum producit effectum*.

D'altronde, è indubbio che la diversa disciplina della nullità provvedimento di cui al combinato disposto degli art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990 e 31, comma 4, c.p.a., rispetto a quella contrattuale ex art. 1418 e ss. c.c., possa far ritenere che in realtà anche il provvedimento nullo sia "efficace" sì da costituire un titolo idoneo a conformare la situazione dal punto di vista giuridico e, quindi, consentendo la qualificazione della fattispecie in termini di detenzione.

Tale tesi pare potersi sostenere in caso di nullità c.d. "testuali" e con riferimento all'ipotesi della mancanza degli elementi essenziali, perché di fatto rientriamo nell'ottica della mera maggiore gravità di un vizio di un atto o provvedimento in relazione al quale l'ordinamento medesimo pone un limite anche temporale all'esperimento dell'azione avanti al G.a., il termine di decadenza previsto dall'art. 31, comma 4, c.p.a., il che fa presumere che salvi i poteri officiosi del Giudice e quelli, in via di eccezione, della parte resistente o controinteressata, gli effetti del provvedimento o atto nullo, decorso il termine di 180 giorni per l'impugnazione, vengono, in un certo senso, a consolidarsi.

Più problematica è, invece, la nullità per difetto assoluto di attribuzione intesa come carenza di potere in astratto, perché in questo caso – che in sede di giurisdizione di legittimità comporterebbe un difetto di giurisdizione – anche ammettendo la giurisdizione esclusiva del G.a. in ragione del criterio "dell'apparenza" valorizzato dalla Cassazione, proprio perché solo "apparente" esercizio di potere e non "reale", oltretutto invalido, sembrerebbe inidoneo a fondare una situazione di detenzione, venendo, quindi, la P.a. ad esercitare un vero e proprio possesso.

Sotto altro profilo, d'altronde, sempre come spunto di riflessione, pur a fronte di una giurisprudenza sostanzialmente univoca sul punto, la qualificazione della detenzione in caso di occupazione posta in essere in forza di occupazione ex art. 22 *bis*, d.p.r. n. 327 del 2001, può far nutrire qualche dubbio.

---

<sup>204</sup> Cass. civ., sez. I, 20 novembre 2019, n. 30195, in Giust. civ. mass., 2019.

Il Tresp conosce, infatti, due ipotesi di occupazione: una disciplinata dall'art. 49 (c.d. occupazione temporanea) consente di occupare aree non soggette ad esproprio, in via temporanea, qualora necessario per la corretta esecuzione dei lavori previsti. In questo caso si tratta di una forma occupatoria dalla funzione meramente strumentale e accessoria, precaria e destinata ad essere rimossa.

In questo caso, qualora illegittimamente l'occupazione prosegua al di fuori dei limiti funzionali e temporali ovvero sia stata adottata con atto annullato o nullo, indubbiamente la situazione giuridica può essere qualificata in termini di detenzione.

L'altra occupazione, invece, è quella già citata e normalmente oggetto delle decisioni della giurisprudenza in materia di usucapione: è prevista, oggi, dall'art. 22 *bis* Tresp ed ha anch'essa sì una funzione "strumentale", ma a differenza dell'istituto disciplinato dall'art. 49 Tresp, riguarda un'occupazione che non è – nelle intenzioni della P.a. – destinata a cessare, ma, al contrario, è "anticipatoria" della situazione di possesso che si vorrà instaurare a seguito dell'emissione del decreto di esproprio.

In questo senso, quindi, si potrebbe avanzare il dubbio che il titolo costituito dal decreto di occupazione d'urgenza e dagli altri atti e provvedimenti della procedura non faccia emergere un mero *animus detinendi*, ma un vero e proprio *animus possidendi*.

Tutte le forme di detenzione, infatti, sono caratterizzate dal fatto che l'*animus* che le contraddistingue, conformemente alla disciplina normativa del titolo di riferimento, nel riconoscere l'altrui possesso – proprietà, è caratterizzato dalla consapevolezza della "temporaneità" ovvero "precarietà" del godimento, mentre nella particolare ipotesi di occupazione da parte della P.a. espropriante l'*animus* fatto proprio dal "titolo" è caratterizzato dalla consapevolezza e volontà di anticipare la manifestazione di quello *ius possidendi* che potrà essere acquistato dalla P.a. solo a seguito del decreto di esproprio.

In altre parole, la P.a. riconosce sì la proprietà in capo al privato, ma l'occupazione d'urgenza è proprio finalizzata a porre nel nulla il possesso di quest'ultimo per sostituirlo con quello pubblico in via anticipata rispetto al fisiologico momento dell'emanazione del decreto di esproprio.

È chiaro, d'altronde, che come più sopra detto, il limite, ai fini dell'usucapione potrebbe essere dato dal fatto che, pur essendo un possesso e non una detenzione, potrebbe non essere un possesso "esclusivo", nel senso sopra inteso, residuando in capo al privato rilevanti poteri di godimento o di disposizione.

Un terzo caso ipotizzabile è quello dell'immissione in possesso in esecuzione di un decreto di esproprio successivamente annullato dal giudice amministrativo. In casi siffatti il possesso (e non anche la proprietà in ragione dell'effetto retroattivo dell'annullamento giurisdizionale del decreto di esproprio) è acquisito dall'amministrazione dal momento dell'immissione in possesso (artt. 23-24 Tresp).

Lo stesso vale nel caso di occupazione conseguente alla stipula di un contratto di compravendita o donazione nulli o annullati.

Diversamente, nel caso di occupazione posta in essere a seguito di preliminare di compravendita nullo o annullato o risolto, o anche solo non seguito dal contratto definitivo, seguendo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la situazione giuridica della P.a. eventuale promissaria acquirente immessa anticipatamente nel godimento del bene sarebbe qualificabile in termini di detenzione<sup>205</sup>.

Nel caso in cui l'occupazione integri un'ipotesi di detenzione, è pacifica la necessità di *interversio possessionis*.

---

<sup>205</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2022, n. 17559, in Giust. civ. mass., 2022.

Al riguardo, la giurisprudenza sembra oggi piuttosto consolidata nell'affermare che ai fini della dimostrazione dell'interversione della detenzione in possesso *ad usucapionem*, di cui, secondo le ordinarie regole, è onerata la P.A. occupante, andranno individuate puntualmente dai giudici di merito idonee attività materiali di opposizione specificamente rivolte contro il privato proprietario-possessore, non essendo sufficienti a tal fine né il prolungarsi della detenzione, né il compimento di atti corrispondenti all'esercizio del possesso, né tanto meno attività o atti rivolti a una generalità indistinta di soggetti, ossia di natura latamente amministrativa e/o tipizzante la pubblica soggettività, certamente non qualificabili come oppositivi ai fini civilistici che qui rilevano<sup>206</sup>.

Non sono sufficienti l'apprensione materiale di un terreno edificabile, l'inizio e finanche il compimento di un'attività edificatoria: ciò, in quanto tali atti non sono specificamente rivolti "contro il possessore" (art. 1141 comma 2 c.c.), giacché, secondo i principi generali, tutto ciò che viene edificato sul suolo accede di diritto alla proprietà di esso (*omne quod inaedificatur solo cedit* – art. 934 c.c.); tali attività non concretano dunque una valida interversione del possesso, ma soltanto un'ipotesi di abuso<sup>207</sup> della situazione di vantaggio determinata dalla mera detenzione materiale del bene in forza del decreto di occupazione di urgenza<sup>208</sup>.

II. Occorre, poi, come detto, che il possesso sia conseguito in modo "non violento". Al riguardo, sebbene l'Adunanza Plenaria non lo abbia riportato, il possesso, in forza dell'art. 1163 c.c., deve anche essere "non clandestino".

Il mancato riferimento alla non clandestinità si può spiegare col fatto che probabilmente l'Adunanza plenaria faceva riferimento alle ipotesi di c.d. occupazione c.d. acquisitiva (come emerge anche dalla soluzione offerta per il *dies a quo* di decorrenza del termine *ad usucapionem*), nell'ambito della quale, effettivamente, è difficile se non impossibile concepire un'occupazione "clandestina", a differenza dell'occupazione usurpativa, laddove, specie in caso di mera occupazione di fatto, si può concepire un'ipotesi di apprensione del bene in modo clandestino.

Per quanto concerne il requisito della violenza, non si deve commettere l'errore di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di spoglio e di azioni possessorie ambito nel quale la Corte ha assunto un orientamento "largheggiante", affermando che l'elemento oggettivo dello spoglio violento ricorre anche in ipotesi di privazione dell'altrui possesso mediante alterazione dello stato di fatto in cui si trovi il possessore, eseguita contro la volontà, sia pure soltanto presunta, di quest'ultimo, sussistendo la presunzione di volontà contraria del possessore ove manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso<sup>209</sup>.

Diversamente, in relazione all'art. 1163 c.c. è stato affermato che il possesso è acquistato in modo violento - e perciò non giova all'usucapione se non dal momento in cui la violenza è cessata - se l'impossessamento

---

<sup>206</sup> Cass. civ., sez. I, 07 giugno 2022, n. 18361, in Giust. civ. mass., 2022; Cass. civ., sez. I, 02 luglio 2021, n. 18791, id..

<sup>207</sup> In termini anche Cass. civ., sez. un., 20 novembre 2019, n. 30195, cit.

<sup>208</sup> Si è affermato che "ai fini dell'interversione del possesso, di cui all'art. 1141, secondo comma, c.c., l'edificazione di un fabbricato sul terreno ricevuto in detenzione, espressamente autorizzata dal proprietario del suolo, non costituisce un'attività posta in essere "contro" il possessore, e non può, conseguentemente, essere invocata dal detentore quale atto di "opposizione" idoneo a mutare il titolo del rapporto con la cosa", Cass. civ., sez. II, 10 dicembre 2013 n. 27584, in Giust. civ. mass., 2013, in un caso in cui nel contratto di affitto era stata prevista la possibilità per l'affittuario proprio di edificare.

<sup>209</sup> Cass. civ., 7 dicembre 2012 n. 22174, in Giust. civ. mass., 2012, 12, 1388. Secondo Cass. civ., sez. II, 02 dicembre 2013, n. 26985, in Giust. civ. mass., 2013, perché sussista la violenza dello spoglio non è necessario che questo (lo spoglio) sia avvenuto con le armi, con la forza fisica o con minacce, ma è sufficiente che sia avvenuto senza o contro la volontà effettiva o anche, soltanto, presunta del possessore. Non occorre, insomma, che si tratti di violenza fisica, ma è sufficiente una mera violenza morale, vale a dire una minaccia.

è avvenuto mediante l'esercizio di un'effettiva violenza, fisica o morale, sicché la pacificità o legittimità del possesso non è esclusa dal fatto che l'inizio dell'esercizio dello *ius possessionis* non tragga origine da una consegna proveniente dal titolare del diritto o dal possessore o che l'impossessamento dell'agente sia avvenuto in contrasto con la volontà del proprietario o del possessore precedente<sup>210</sup>. Di qui una duplice conseguenza. La prima è che il possesso non può dirsi acquistato con violenza per il solo fatto che la pubblica amministrazione abbia appreso la particella di terreno in contestazione, a differenza di altre limitrofe, per il tramite di una mera attività materiale, al di fuori delle regole del procedimento ablatorio. La seconda è che - poichè la violenza che impedisce la configurabilità di un possesso utile ai fini dell'usucapione è quella rivolta all'acquisto della disponibilità materiale della cosa<sup>211</sup> - va escluso che la violenza si identifichi con l'attività di trasformazione del bene successivamente alla sua apprensione<sup>212</sup>.

In ordine alla clandestinità, poi, la giurisprudenza civile<sup>213</sup> afferma che «il requisito della non clandestinità, richiesto dall'art. 1163 c.c., va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato. Ai fini dell'accertamento della non clandestinità del possesso, è necessario che questo sia acquistato ed esercitato in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo al precedente possessore o ad una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto con il possessore».

Il possesso, poi, deve essere continuo e non interrotto, laddove anche la "semplice" proposizione dell'azione risarcitoria implica atto interruttivo del possesso *ad usucapionem*<sup>214</sup>.

III. Il periodo di tempo *ad usucapionem*, di regola, deve ritenersi essere quello ventennale, visto che la buona fede può ritenersi esclusa dall'emanazione del provvedimento di occupazione, dimostrante che l'Ente era consapevole di occupare un terreno appartenente ad un terzo proprietario. D'altronde, ipotesi di usucapione abbreviata potrebbero contemplarsi, forse, nel caso di possesso acquisito in forza di contratti di compravendita *a non domino*, salvo sostenere, anche in tal caso, la mancanza di buona fede da parte della P.a. in quanto avrebbe dovuto appurare la titolarità del diritto trasferito in capo al dante causa.

In ordine al *dies a quo* da cui far decorrere il tempo per il perfezionamento della usucapione pubblica, già prima della pronuncia dell'Adunanza plenaria, era stato sottolineato<sup>215</sup> che sino alla data di entrata in vigore del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 costituiva approdo consolidato in giurisprudenza quello per cui, nelle fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione della c.d. accessione invertita, la trasformazione dell'area implicasse acquisto automatico della proprietà in capo all'Amministrazione del suolo sul quale l'opera pubblica era sorta. Il privato spossessato, quindi, non avrebbe potuto validamente esercitare alcuna opzione reintegratoria specifica, e non avrebbe potuto conseguire la restituzione dell'area, in quanto già passata in proprietà dell'Amministrazione.

In tal senso, il tempo durante il quale l'Amministrazione ha esercitato un potere materiale sul bene occupato (e *medio tempore* trasformato, eventualmente) antecedentemente alla entrata in vigore del D.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 sarebbe stato *inutiliter datum*, in chiave di computo del medesimo ai fini di

---

<sup>210</sup> Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1990, n. 2088, in Giust. civ. mass, 1990, fasc. 3.

<sup>211</sup> Cass. civ., sez. II, 9 novembre 1988, n. 6030, in Giust. civ. mass., 1988, fasc. 11.

<sup>212</sup> Cass. civ., sez. II, 03 febbraio 2012, n. 1672, in Giust. civ. mass., 2012.

<sup>213</sup> Cass. civ., sez. II, 23 luglio 2013, n. 17881, in Giust. civ. mass., 2013.

<sup>214</sup> Cons. Stato sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5414, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>215</sup> Cons. Stato n. 5414 del 2015, cit..

dedurre la usucapione dell'area, perché, ai sensi dell'art. 2935 c.c., applicabile all'usucapione in forza dell'art. 1165 c.c., la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Posto che, antecedentemente alla entrata in vigore del D.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 il privato proprietario non avrebbe potuto fare valere il proprio diritto alla restituzione, secondo tale impostazione il tempo decorso prima di tale data non si computa ai fini della maturata usucapione.

Pertanto, il *dies a quo* di un possibile possesso utile a fini di usucapione non potrebbe che individuarsi a partire dall'entrata in vigore del D.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, (l'art. 43 ivi contenuto, come è noto, aveva sancito il superamento normativo dell'istituto dell'occupazione acquisitiva)<sup>216</sup>.

L'Adunanza Plenaria n. 2 del 9 febbraio 2016<sup>217</sup> ha, in tal senso, fatto proprio questo orientamento, sottolineando la necessità di far decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del Tresp (30 giugno 2003) perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il giorno a partire dal quale il diritto può essere fatto valere<sup>218</sup>.

Interessante, a questo proposito, è la decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 giugno 2021, n. 4790, alla quale è stata posta la questione della cumulabilità, ai fini del possesso *ad usucapionem*, del periodo anteriore alla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione 26 febbraio 1983, n. 1464<sup>219</sup>, con cui è stato introdotto l'istituto dell'accessione invertita, e quello compreso tra l'entrata in vigore del D.p.r. n. 327 del 2001 e la proposizione del ricorso.

Il Consiglio di Stato ha affermato che la tesi in questione, basata sulla ritenuta applicazione alla fattispecie dell'istituto della "sospensione" del computo dei termini sulla decorrenza della prescrizione, non sarebbe condivisibile, perché l'art. 2941 c.c. indica tassativamente i casi in cui è prevista la sospensione della prescrizione<sup>220</sup>, stabilendo che la stessa rimane sospesa in relazione a particolari rapporti intercorrenti tra le parti, fissati nell'apposita elencazione dal n. 1 al n. 8 dell'articolato, ipotesi nelle quali non era contemplata la vicenda descritta dall'appellante.

Più recentemente, il Consiglio di Stato<sup>221</sup>, nel ribadire che solo dalla data di entrata in vigore del T.U. espropriazioni (23 giugno 2003) è configurabile in astratto la possibilità della usucapione in presenza di tutti i relativi presupposti (fra cui il carattere non violento della condotta e l'individuazione del momento esatto della *interversio possessionis*) perché solo l'art. 43 (e poi l'art. 42 *bis*) del medesimo t.u. 8 giugno 2001, n. 327, ha imposto l'eliminazione della prassi della "occupazione acquisitiva", e dunque solo da questo

---

<sup>216</sup> In questo stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, 11 settembre 2020 n. 5430, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in un caso di occupazione dell'area innervata su un procedimento espropriativo non regolarmente conclusosi per omessa emissione di un tempestivo decreto di esproprio; più di recente, Cons. Stato sez. IV, 12 luglio 2022, n.5872, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>217</sup> In precedenza, CGARS, 14 gennaio 2013, n. 9, cit., aveva risolto la questione del *dies a quo*, distinguendo tre ipotesi: a) il caso in cui l'occupazione non fosse preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità, individuando il *dies a quo* a decorrere dal momento dell'occupazione del bene (quando cioè la pubblica amministrazione occupa, con comportamento di mero fatto, il fondo di proprietà del privato); b) il caso in cui la Pubblica amministrazione avesse adottato un decreto di occupazione d'urgenza, fissando il *dies a quo* a decorrere dal momento della scadenza del termine dell'occupazione d'urgenza; c) il caso in cui la Pubblica amministrazione ha adottato un decreto di esproprio, successivamente annullato, stabilendo che il *dies a quo* decorresse dal momento dell'iniziale occupazione del bene.

<sup>218</sup> Conformemente, tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7305, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>219</sup> in Foro it., 1983, I, 626.

<sup>220</sup> Le cause di sospensione sono indicate negli artt. 2941 e 2942 c.c., fatta eccezione per l'usucapione ventennale d'immobili, rispetto alla quale non ha luogo la sospensione per le cause indicate nell'art. 2942 c.c., ex art. 1166, secondo comma c.c..

<sup>221</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2022, n. 5872, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

momento l'ordinamento ha individuato, ex art. 2935 c.c., il "giorno in cui il diritto può essere fatto valere", ha precisato che il *dies a quo* di un possibile possesso utile a fini di usucapione non potrebbe che individuarsi a partire dall'entrata in vigore del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327", facendo salvo "il rilievo della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 e della data di entrata in vigore dell'art. 42 bis".

Ciò in quanto, «con gli occhiali della corte di Strasburgo, la diffusa interpretazione dell'art. 2935 c.c. (applicabile all'usucapione per il rinvio operato dall'art. 1165 c.c.) secondo la quale solo l'impossibilità legale di esercitare un diritto impedisce il corso della prescrizione (v., ad es., Cass. 18 giugno 2020, n. 11803, id., Rep. 2020, voce Prescrizione e decadenza, n. 50; 30 marzo 2004, n. 6343, id., Rep. 2004, voce cit., n. 87) rischierebbe di essere ritenuta contraria alla Cedu.»

Nel ribadire quanto sopra, d'altronde, il Consiglio di Stato, con la sentenza sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2595, ha affermato che ai fini del decorso della prescrizione acquisitiva, bisogna fare riferimento al momento in cui è venuto meno, nell'ordinamento giuridico, l'istituto – di origine pretoria – dell'occupazione appropriativa (o occupazione acquisitiva), ovvero dalla data di entrata in vigore dell'art. 42 bis d.p.r. n. 327/2001, introdotto dal d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con mod. da l. 15 luglio 2011, n. 111, stante l'avvenuta declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43, d.p.r. n. 327 del 2001 per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010.

Seguendo tale ultimo orientamento – che non appare, però ancora consolidato<sup>222</sup> - solo dalla data di entrata in vigore dell'art. 42 bis (6 luglio 2011) si può ritenere che l'ordinamento giuridico abbia previsto idonei e rapidi mezzi di tutela per rimediare all'illecito in esame (cfr. Ad. Plen., sentenze nn. 2, 3 e 4 del 2020).

Va precisato, d'altronde, che questo limite temporale, alla luce della *ratio* che lo giustifica, sembra poter valere esclusivamente per le fattispecie che nel regime dell'accessione invertita, erano sussumibili nell'ambito della c.d. occupazione acquisitiva, perché per le diverse ipotesi dell'occupazione usurpativa la proprietà rimaneva in capo al privato, che aveva la possibilità di rivendicare la cosa senza termine di prescrizione e chiedere il risarcimento dei danni patiti<sup>223</sup>.

Ne discende una diversa individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del ventennio<sup>224</sup>. La decorrenza del *dies a quo* è immediata (cioè da quanto la P.a. ha acquisito il *corpus possessionis*) nel caso di occupazione usurpativa e consente l'attualità dell'applicazione dell'istituto. In caso di occupazione acquisitiva, invece, la decorrenza avrà luogo a far data dal 2003, divenendo l'usucapione configurabile solo dal 30 giugno 2023 (o dal 6 luglio 2031 se si accede alla tesi dell'art. 42 bis)<sup>225</sup>.

Anche in tema si propone a chi legge uno spunto di dubbio verso una posizione che, certamente vuole cercare di essere tutelante, nei confronti del privato, in modo sostanzialistico e attento a non incorrere in ulteriori censure della Corte Edu pur garantendo l'applicabilità dell'usucapione, ma che finisce per elevare un formante dell'ordinamento, quale quello giurisdizionale, debole sul piano della vincolatività "*erga omnes*", non valendo nel nostro ordinamento il principio del c.d. *stare decisis* o del precedente vincolante,

---

<sup>222</sup> Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10351, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sembra riferirsi, per il *dies a quo* per far maturare l'usucapione, ancora all'entrata in vigore dell'art., 43 Tuesp, ovvero al 30 giugno 2003.

<sup>223</sup> In questo senso, G. MARI, *Occupazioni sine titulo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, cit., 69 e ss.

<sup>224</sup> In questo senso, S. MIRATE, *op cit.*, 837-839, secondo la quale nelle classiche fattispecie di occupazione usurpativa dall'immissione in possesso può iniziare a decorrere il termine ventennale per l'usucapione, data la possibilità per il privato proprietario di esperire in ogni momento l'azione di rivendicazione e di risarcimento dei danni patiti.

<sup>225</sup> Sul punto si è anche espressa Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, cit., la quale ha riconosciuto la possibilità da parte della Pubblica amministrazione di acquistare il bene privato a titolo di usucapione. La Corte ha rilevato nuovamente come entrambe le ipotesi di occupazione costituiscano illecito permanente.

a formante paralegislativo tale da determinare, di fatto o comunque presuntivamente, un limite all'azione di rivendicazione da parte del proprietario non prevista specificamente da alcuna norma dell'ordinamento.

In tal senso, potrebbe dubitarsi che anche l'orientamento tra i più consolidati in giurisprudenza possa concretamente costituire un limite all'esercizio dei propri diritti ai sensi dell'art. 2935 c.c., perché è sempre possibile per il singolo agire in giudizio per cercare di "ribaltare" inveterati ed eventualmente non corretti o non più corretti orientamenti (si pensi ad es. a Cass. n. 500 del 1999, in materia di risarcibilità degli interessi legittimi, o in materia civilistica, alle Sezioni Unite del 2018 in materia di assegno divorzile).

### 3.5. GIURISDIZIONE E ASPETTI PROCESSUALI.

Delineati gli aspetti sostanziali rilevanti in materia di usucapione c.d. "pubblica", occorre soffermarsi sul riparto di giurisdizione e sui poteri di accertamento dell'usucapione medesima da parte del G.a..

L'art. 133, comma 1, lett. g) c.p.a. devolve, come detto, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi ed i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere della p.a. in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Al riguardo, va sottolineato come la giurisprudenza civilistica e quella amministrativa siano sostanzialmente concordi nel porre in capo all'A.G.O. la titolarità del potere di cognizione, in via di azione, della domanda di accertamento dell'usucapione.

Si ritiene, infatti, che la domanda di accertamento dell'usucapione ricade nella giurisdizione ordinaria, e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in tema di espropriazione per pubblica utilità, anche se a proporla sia un'Amministrazione che abbia acquisito la detenzione del bene privato attraverso un provvedimento di occupazione d'urgenza, perché ai fini dell'usucapione si richiede l'interversione nel possesso, e dunque va ritenuto come meramente occasionale il collegamento della pregressa attività autoritativa con la pretesa usucapione<sup>226</sup>.

Secondo le Sezioni Unite<sup>227</sup>, allorché il comportamento della P.A., cui si ascrive la lesione, sia la conseguenza di un assetto di interessi conformato da un originario provvedimento ablativo, legittimo o illegittimo, ma comunque espressione di un potere amministrativo (in concreto) esistente, cui la condotta successiva si ricollegi in senso causale, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; diversamente, in materia di usucapione, l'allegazione di una particolare modalità di occupazione dell'area privata rileva non come mero esercizio di un generico comportamento materiale sulla cosa causalmente riconducibile (anche solo in via mediata) all'espressione di una potestà autoritativa, bensì come vero e proprio possesso ad effetto acquisitivo, perché asseritamente connotato dai requisiti tutti di cui agli artt. 1158 e ss. c.c.. L'eventuale usucapione della proprietà del privato non è immediatamente riconducibile al pregresso esercizio del potere espropriativo, ma ne costituisce una conseguenza meramente occasionale, atteso che tra quel potere e questo effetto intercorre, necessariamente, la *interversio possessionis*, dalla

---

<sup>226</sup> Cass. civ., sez. un., n. 5513 del 2021 cit.; 11 luglio 2017, n. 17110, id., Rep. 2017, voce Giurisdizione civile, n. 116.

<sup>227</sup> Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2021, n. 5513, cit.. Cass. civ., sez. I, 07 giugno 2022, n. 18361, nel ribadire il concetto, ha sottolineato come la questione giuridica dell'usucapibilità del bene da parte di un ente pubblico è collegata a quella più generale dell'occupazione *sine titulo* in tutti i suoi variegati risvolti e, soprattutto, nelle ipotesi in cui la tematica si innesta su un procedimento espropriativo *lato sensu*, è stata oggetto di ampio, delicato e controverso confronto tra i noti orientamenti della Corte EDU e della Consulta e quelli della giurisprudenza amministrativa e della questa Corte, anche a Sezioni Unite.

detenzione qualificata al possesso dell'occupante, così che il relativo suo accertamento appartiene invece alla giurisdizione del giudice ordinario.

Nella giurisprudenza amministrativa, d'altronde, valorizzando la specifica disciplina dei poteri cognitori in via incidentale del G.a., di cui all'art. 8 c.p.a., si distingue nettamente il caso in cui venga sollevata una mera "eccezione riconvenzionale", dai casi in cui la P.a. formula una vera e propria "domanda riconvenzionale"<sup>228</sup>.

Il G.A., infatti, ex art. 8 c.p.a. può conoscere, seppur solo in via incidentale e senza efficacia di giudicato, "tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale"; pertanto, ai sensi dell'art. 8 sunnominato, il giudice amministrativo ha il potere di pronunciarsi, *incidenter tantum*, su questioni pregiudiziali, ancorché veicolate in via di eccezione, attinenti a diritti (con esclusione, in ogni caso, dell'incidente di falso e delle questioni sullo stato e capacità delle persone), ai circoscritti fini della soluzione della vertenza ad esso demandata in via principale.

Quindi, se al giudice ordinario vanno devolute, secondo l'orientamento sopra ricordato, le controversie in cui la questione dell'intervenuta usucapione sia oggetto di vera e propria domanda riconvenzionale tesa ad accertare con efficacia di giudicato l'intervenuto acquisto a titolo originario della proprietà da parte dell'Amministrazione, il G.a. può esaminare in via incidentale, ai sensi dell'art. 8 citato, trattandosi di una questione rientrante tra quelle indicate dal primo comma di tale articolo, l'eccezione "riconvenzionale" sollevata dalla P.a. al solo fine di paralizzare l'azione risarcitoria senza richiesta di accertamento della sussistenza di tale rapporto e connesso ampliamento del *thema decidendum*<sup>229</sup>.

Pertanto, qualora l'Amministrazione, nel giudizio amministrativo proposto da chi allegghi di essere proprietario dell'immobile, deduca di avere usucapito la proprietà, tale difesa va qualificata come eccezione riconvenzionale, decidibile mediante cognizione incidentale da parte del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 8, comma 1, c.p.a.; se invece viene proposta in forma e termini di domanda riconvenzionale, il giudice amministrativo deve declinare la giurisdizione<sup>230</sup>.

Risulta, quindi, abbandonato il precedente indirizzo secondo il quale il giudice amministrativo avrebbe potuto accertare in via incidentale le situazioni proprietarie attenendosi alle risultanze dei contratti scritti, dei libri e registri immobiliari e delle sentenze che accertano o costituiscono diritti immobiliari, ma senza in alcun modo occuparsi di fatti o atti modificativi di tali situazioni giuridiche, come l'intervenuta usucapione<sup>231</sup>.

Il Consiglio di Stato<sup>232</sup>, poi, ha precisato che l'eccezione di usucapione non è rilevabile d'ufficio dal G.A. perché rientrante tra le c.d. eccezioni in senso stretto, per le quali la manifestazione della volontà della parte è strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di

---

<sup>228</sup> La giurisprudenza civile ha da tempo elaborato accanto alla domanda riconvenzionale e all'eccezione, la nozione della c.d. eccezione riconvenzionale, laddove il convenuto pur chiedendo l'accertamento eventualmente anche costitutivo di un rapporto diverso e più ampio, si prefigge esclusivamente di paralizzare l'azione, con ciò differenziandosi dalla domanda riconvenzionale vera e propria, laddove l'accertamento del rapporto diverso mira ad ottenere qualcosa di più o di diverso (*ex multis* Cass. civ., 13 novembre 1997, n.1123, in Foro it., 1998, I, 2960) e applicando senza esitazioni alle eccezioni riconvenzionali la disciplina processuale propria delle eccezioni (Cass. civ. sez. III 13 giugno 2013, n. 14852, Giust. civ. mass., 2013).

<sup>229</sup> G.G.A.R.S. 14 gennaio 2013, n. 9, cit..

<sup>230</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 6 gennaio 2021, n. 778, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>231</sup> Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2009, n. 1769, Foro it., Rep. 2009, voce Giustizia amministrativa, n. 877; id., sez. VI, 11 febbraio 2003, n. 736, id., Rep. 2003, voce cit., n. 1079; id., sez. V 4 maggio 1995, n. 700, id., Rep.1995, voce cit., n. 725.

<sup>232</sup> Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 2022, n. 7235, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito<sup>233</sup>.

In particolare, l'eccezione di usucapione andrebbe necessariamente considerata un'eccezione in senso stretto, poiché così qualificata dalla legge. Infatti, in virtù del richiamo di cui all'art. 1165 c.c., si applicano all'usucapione, quale prescrizione acquisitiva, le disposizioni generali sulla prescrizione estintiva, ivi compresa quella sulla non rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cui all'art 2938 c.c..

Ciò implica altresì che, se non viene tempestivamente dedotta in primo grado, siffatta eccezione non può trovare ingresso nel giudizio per effetto di una rilevazione da parte del giudice.

Sotto altro profilo, se l'ente pubblico, resistente nei giudizi amministrativi nei quali il privato chieda la restituzione del bene o faccia valere il suo interesse all'acquisizione sanante, prospetti di avere usucapito e dimostri di avere agito in sede civile per far accertare il suo acquisto dell'immobile la proprietà interessata, secondo un orientamento della giurisprudenza amministrativa, il giudizio va sospeso, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.<sup>234</sup>.

Al riguardo, d'altronde, il Consiglio di Stato<sup>235</sup> ha affermato che l'art. 295 c.p.c. fa riferimento alla pregiudizialità in senso tecnico-giuridico in quanto la questione pregiudiziale deve essere astrattamente idonea a influire direttamente sulla soluzione della controversia principale ma deve essere decisa con efficacia di giudicato e non semplicemente *incidenter tantum*. Nel processo amministrativo, però, la pregiudizialità civile trova una espressa e diversa regolazione nell'art. 8, comma 1, c.p.a., in base a cui il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale, con l'unica eccezione delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso, che rimangono riservate al giudice ordinario. Ne consegue che, al di fuori dei casi di cui agli artt. 8, comma 2, e 77 (querela di falso) c.p.a., il giudice amministrativo non è tenuto alla sospensione del processo essendo la scelta rimessa, in tale evenienza, a una valutazione di opportunità<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> A sostegno dell'opposta tesi della rilevabilità d'ufficio, secondo un precedente della Suprema Corte (Cass. civ., sez. II, 27 novembre 1999, n. 13270, in Giust. civ. mass. 1999, 2372) la proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei cosiddetti "diritti autodeterminati", individuati in base alla sola indicazione del loro contenuto, rappresentato dal bene che ne costituisce l'oggetto, onde, nelle azioni a difesa di tali diritti – diversamente da quanto avviene in quelle a difesa dei diritti di credito, nelle quali la *causa petendi* s'identifica con il titolo – la *causa petendi* s'identifica con il diritto stesso, mentre il titolo, necessario ai fini della prova di esso, non ha alcuna funzione di specificazione della domanda. Il Consiglio di Stato, nella sentenza che precede, pur ritenendo esatta l'astratta esattezza di siffatta distinzione – che è radicata sin dal brocardo giustiniano *magis quam semel res mea esse non potest, saepius autem deberi potest* – ha ritenuto non desumibile da essa il corollario della rilevabilità d'ufficio dell'usucapione. In particolare, quello ricordato non sarebbe un orientamento giurisprudenziale consolidato, né condivisibile: muovendo dal tradizionale assunto che vede l'usucapione come una prescrizione acquisitiva, la prevalente e, ad avviso del Collegio, maggiormente condivisibile opinione giurisprudenziale la considera oggetto necessario di un'eccezione in senso proprio, escludendone dunque la rilevabilità.

<sup>234</sup> Tar Puglia, sez. stacc. Lecce, sez. III, ord. 16 marzo 2022, n. 415, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CGARS, 31 maggio 2021, nn. 494 e 495, id.; Tar Toscana, sez. III, 7 febbraio 2020, n. 179; Tar Sicilia, sez. stacc. Catania, sez. II, 25 maggio 2019, nn. 1274 e 1275, ibidem; Tar Toscana, sez. III, 5 febbraio 2015, n. 226, ibidem; Tar Sardegna, sez. II, 23 gennaio 2013, n. 51, ibidem;

<sup>235</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2022 n. 5872, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>236</sup> Cons. Stato, sez. III, 04 marzo 2019, n. 1499, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Occorre, poi, la pendenza delle due cause (pregiudicante e pregiudicata) in primo grado poiché la ragione fondante di tale previsione è quella di evitare il rischio di conflitti di giudicati<sup>237</sup>. Laddove, invece, fra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità e quello pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato non è doverosa, ma può essere disposta in via facoltativa, ai sensi dell'art. 337 c.p.c. La mera connessione tra i due procedimenti non determina anche l'esistenza di un obiettivo rapporto di pregiudizialità giuridica "il quale ricorre solo quando la definizione di una controversia costituisca l'indispensabile antecedente logico - giuridico dell'altra, l'accertamento del quale debba avvenire con efficacia di giudicato"<sup>238</sup>.

Questa soluzione, d'altronde, sembrerebbe porsi in contrasto con l'orientamento che pare essere prevalente, anche nella giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la necessità del coordinamento fra la decisione sulla questione pregiudicante e la decisione sulla questione pregiudicata emergente dall'art. 34 c.p.c., induce a ritenere che, allorché una questione sia inserita nel processo pregiudicato come eccezione, cioè costituisca un fatto che il giudice dovrà esaminare ai fini della decisione sull'oggetto della domanda, e contemporaneamente sia oggetto — in quanto rappresenti un fatto costitutivo di un diritto azionabile con autonoma domanda — di una domanda avanti ad altro giudice in un altro giudizio, evidenti ragioni di interpretazione sistematica e di coerenza con il citato art. 34 c.p.c. impongano di avallare un'interpretazione dell'art. 295 c.p.c., per cui è irrilevante che nel processo pregiudicato, in cui è inserita l'eccezione, la relativa questione non debba essere decisa con efficacia di giudicato ed assume in ogni caso rilievo che nell'altro processo la questione deve essere decisa con efficacia di giudicato, onde deve reputarsi sussistente il rapporto di pregiudizialità supposto dall'art. 295 c.p.c.<sup>239</sup>.

Si tratta di soluzione che, però, sembra porsi sulla stessa linea di alcune decisioni della Cassazione che in passato hanno affermato che il conflitto di giudicati, ad evitare il quale opera l'istituto della sospensione necessaria ai sensi dell'art. 295 c.p.c., non potrebbe verificarsi quando uno dei giudici debba conoscere della questione oggetto della causa pregiudicata *incidenter tantum*, senza efficacia di giudicato<sup>240</sup>.

Anche con riguardo al riparto di giurisdizione, pur a fronte di un orientamento sostanzialmente univoco e omogeneo, come detto, da parte della giurisprudenza amministrativa e civilistica, si avanzano sommessamente dubbi in ordine alla correttezza della soluzione di riparto, in conformità alle criticità rilevate nei paragrafi che precedono con riferimento al criterio della "non occasionalità" del collegamento con il potere dei comportamenti della P.a..

---

<sup>237</sup> Cons. Stato, sez. IV, 04 settembre 2018, n. 5185, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); id., sez. V, 16 febbraio 2015, n. 806, *ibidem*.

<sup>238</sup> Cass. civ., sez. un., 1 ottobre 1996, n. 8584, in *Giust. civ. mass.* 1996, 1347.

<sup>239</sup> Cass. civ., 23 gennaio 2012, n. 885, *Foro it.*, Rep. 2012, voce Procedimento civile, n. 251; 6 marzo 2007, n. 5091, *id.*, Rep. 2007, voce cit., n. 274; anche Cass. 17 marzo 2022, n. 8690, in *ForoPlus*.

<sup>240</sup> Cass. 18 agosto 2004, n. 16137, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce Procedimento civile, n. 298; 25 luglio 2003, n. 11571, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 300. Nella giurisprudenza amministrativa di secondo grado queste tesi sono state condivise da Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2010, n. 434, *id.*, Rep. 2010, voce Giustizia amministrativa, n. 800, dove si rinviene altresì un'adesione alla lettura restrittiva dell'art. 295 c.p.c. proposta dalla dottrina civilistica, muovendo dal rilievo per cui se gli art. 40 e 274 c.p.c. escludono che la riunione possa essere disposta quando essa può determinare un rallentamento delle cause, l'alternativa non può essere la sospensione del processo sul rapporto pregiudicato, da limitare ai casi dove specifica disposizione di legge (ad es. l'art. 124 c.c.) impone l'accertamento con autorità di giudicato (F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 239 ss). Questo indirizzo ha riscosso qualche apprezzamento anche nella dottrina sul processo amministrativo (P. CARPENTIERI, *Le questioni incidentali*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo* a cura di R. CARANTA, 2011, 494; G. A. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, 2018, 178; per una applicazione più ampia della sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c., cfr. C. CACCIAVILLANI, *Cognizione incidentale e questioni pregiudiziali*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo* a cura di B. SASSANI e R. VILLATA, Torino, 2012, 1007).

Infatti, nel fondare il riparto di giurisdizione in materia di usucapione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si basano proprio su tale criterio di giudizio, ritenendo che, in ogni caso, anche qualora venga in gioco un'interversione nel possesso in relazione ad un'occupazione fondata su provvedimenti amministrativi emessi nell'ambito di una procedura espropriativa, l'interversione medesima si sostanzia in un atto sostanzialmente "avulso" dall'esercizio del potere ed eventualmente meramente occasionato dalla procedura espropriativa.

Non si ritiene di poter condividere questo approccio, perché come già più sopra rilevato, finisce per svilire e depotenziare sensibilmente la finalità di concentrazione giurisdizionale che, nell'interpretazione datane anche dalla Corte Costituzionale, soprattutto con la sentenza n. 191 del 2006, caratterizza l'ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 53 Tresp prima e 133, lett. g) ora.

La Corte ha inteso escludere quei comportamenti che non presentano alcun collegamento nemmeno "mediato" con il potere: tale concetto non può che riferirsi a tutte quelle situazioni che, pur non trovando una diretta ed immediata derivazione eziologica da un provvedimento esercizio di potere, inserendosi in un contesto comunque segnato in vario modo dall'effettivo esercizio del potere medesimo, mediante atti della procedura, ancorché annullati, nulli o inefficaci, rappresentano uno sviluppo non imprevedibile degli stessi, dovendosi escludere solo quelle situazioni che, sempre in un'ottica eziologica, assumono un connotato sostanzialmente autonomo rispetto al contesto di riferimento.

In questo senso, se può anche arrivare ad escludersi la giurisdizione del G.a. in caso di contratto di compravendita o permuta occorso pendente la procedura di espropriazione, sì che non viene a configurarsi un mero accordo di cessione volontaria, non sembra che lo stesso possa dirsi con riguardo all'*interversio possessionis* e, in generale, alle domande anche in via principale di usucapione in tutte le fattispecie in cui è comunque ravvisabile un esercizio di potere nel senso più sopra ricordato.

Ferma restando, in ogni caso, la giurisdizione del G.O. in assenza di potere e, quindi, in caso di occupazione di mero fatto (c.d. occupazione usurpativa pura).

#### **4. IL C.D. SCONFINAMENTO.**

Una particolare fattispecie di "comportamento occupativo" è il c.d. sconfinamento, che ricorre in caso di collocazione di un'opera di pubblica utilità in un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai presupposti provvedimenti amministrativi di approvazione del progetto<sup>241</sup>.

L'elemento peculiare di questa fattispecie è che l'occupazione e la realizzazione dell'opera sono caratterizzati da una corrispondenza solo parziale con l'esercizio del potere, una parte del terreno occupato non essendo contemplato negli atti della procedura espropriativa.

Nell'ambito, quindi, delle controversie restitutorie, ripristinatorie e risarcitorie si è posto il problema di individuare il giudice munito di giurisdizione.

Con riguardo alla presente fattispecie si registra una sostanziale convergenza degli orientamenti interpretativi e applicativi del giudice civile e di quello amministrativo, di primo e secondo grado.

Infatti, è stato affermato che in tema di conflitto di giurisdizione avente ad oggetto una controversia relativa ad un'ipotesi di cd. sconfinamento, ossia del caso in cui la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai provvedimenti amministrativi

---

<sup>241</sup> Cass. civ., sez. un. 7 dicembre 2016, n. 25044, in Riv. giur. ed., 2016, 6, I, 1054.

di occupazione e di espropriazione, oltre che dalla dichiarazione di pubblica utilità, l'occupazione e la trasformazione del terreno da parte della P.A. costituisce un comportamento di mero fatto, perpetrato in carenza assoluta di potere, che integra un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo (cd. occupazione usurpativa), onde l'azione risarcitoria del danno, che ne è conseguito, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario<sup>242</sup>.

A nulla rileva la potenziale esperibilità dello strumento previsto dall'art. 42 *bis* Tresp, introdotto dal d.l. n. 98 del 2011, conv., con modif., dalla l. n. 111 del 2011: tale norma, infatti, disciplina i presupposti per l'adozione del relativo provvedimento e la misura dell'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale conseguente alla perdita definitiva dell'immobile, risultando, quindi, ininfluenza in ordine ai criteri attributivi della giurisdizione sulle domande di risarcimento da occupazione "*sine titulo*".

A fronte di un'occupazione e/o trasformazione del terreno sostanzialmente ritenuta del tutto priva di collegamento con il potere pubblico e integrante, quindi, un mero comportamento (cd. occupazione usurpativa), cioè un comportamento illecito comune a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo e non diverso da quello di un privato che leda i diritti dei terzi<sup>243</sup>, consegue la giurisdizione del G.O., avanti al quale il privato può agire sia invocando la tutela restitutoria, sia attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, optando per il risarcimento del danno ex art. 2043 e 2058 c.c.<sup>244</sup>.

Come accennato, al riguardo è concorde anche la giurisprudenza amministrativa<sup>245</sup>: il Consiglio di Stato<sup>246</sup> ha affermato essere *ius receptum*, quello in forza del quale rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la richiesta risarcitoria il cui presupposto sia la trasformazione del fondo in assenza di un atto autoritativo formale ovvero in forza di un mero comportamento materiale, non collegato, cioè, all'esercizio, pur se illegittimo, del relativo potere<sup>247</sup>. La suddetta decisione ha applicato il principio anche alla richiesta risarcitoria per il danno arrecato dalla realizzazione della strada insistente in maniera difforme rispetto alle previsioni del Piano regolatore generale, sì da impedire la realizzazione per i terreni residui di interesse dei ricorrenti dei previsti sei lotti edificabili di circa mq. 700 cadauno. Ciò in quanto si determina una sostanziale perdita di valore della porzione residua derivata da una più ampia ablazione, che finanche in

---

<sup>242</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 8 luglio 2019, n. 18272, in Guida al dir., 2019, 30; id., 22 settembre 2022 n. 27748, in Riv. giur. ed., 2022, 6, I, 1439; id., 27 ottobre 2020, n. 23600; id., n. 25044 del 2016, cit..

<sup>243</sup> Cass. civ., sez. un., ord., 18 ottobre 2018, n. 26258, in Riv. giur. ed., 2018, 6, I, 1551.

<sup>244</sup> *Ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2022 n. 27748, cit..

<sup>245</sup> T.A.R. Sicilia, sez. II, 7 luglio 2022 n. 1810, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale, peraltro, il verbale integrativo di immissione in possesso dei beni, in cui si dà atto che il ricorrente autorizza l'amministrazione ad accedere alle particelle diverse da quelle oggetto della procedura espropriativa, non può qualificarsi come accordo bonario di cessione ex art. 45, d.p.r. n. 327 del 2001, fattispecie quest'ultima che presuppone, a monte, una dichiarazione di pubblica utilità avente ad oggetto proprio quei beni che il privato sceglie di cedere all'Autorità pubblica; Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1425, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale nota che sebbene la distinzione tra contegni anche mediamente riconducibili a un pubblico potere e condotte materiali può essere di non agevole individuazione, come dimostrano i diversi orientamenti assunti dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato su specifici profili della complessa questione, specie a proposito dell'esproprio in carenza di una previa dichiarazione di pubblica utilità, su di un punto le due Corti concordano senza tentennamenti: e cioè che l'occupazione di aree al di là dei confini segnati dal decreto di esproprio (c.d. sconfinamento) rappresenta non esercizio di pubblico potere, ma attività di puro fatto (c.d. occupazione usurpativa) posta in essere in carenza assoluta di potere, che integra un illecito comune a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo e non diverso da quello che potrebbe venire commesso da un privato che leda i diritti dei terzi, onde l'azione risarcitoria del danno che ne è conseguito rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>246</sup> Cons. Stato, sez. II, 09 novembre 2020, n. 8663, in Riv. giur. ed., 2021, 1, I, 209.

<sup>247</sup> Corte cost., n. 191 del 2006, cit.; Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23462, in Riv. giur. ed., 2017, 1, I, 102; Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10, in Riv. giur. ed., 2007, 4-5, I, 1342.

caso di illegittimità solo formale della stessa è egualmente da ricondurre all'ambito di competenza del giudice ordinario.

Anche con riferimento alla correttezza di questa soluzione "conforme" dei due plessi giurisdizionali, in punto di riparto di giurisdizione, si possono nutrire i medesimi dubbi sopra espressi con riferimento al criterio dell'"occasionalità" del collegamento con l'esercizio del potere.

Anzi in questo caso, per certi versi, è ancora più evidente come il collegamento "mediato" pare sussistere per il fatto che non è possibile scorporare idealmente l'esecuzione delle opere in ragione dell'area su cui insistono, perché ai fini della giurisdizione ciò che rileva è che quel comportamento, occupativo ed esecutivo viene ad essere qualificato in termini unitari, "l'errore" di progettazione e/o di esecuzione non potendo assumere rilievo autonomo rispetto alla parte dell'opera correttamente eseguita, l'intera esecuzione dei lavori trovando una giustificazione, indiretta se si vuole, ma non meramente occasionale, negli atti della procedura e, quindi, nell'esercizio del potere autoritativo.